FAUSTO RICO ÁLVAREZ
PATRICIO GARZA BANDALA
MISCHEL COHEN CHICUREL

COMPENDIO
DE
DERECHO DE OBLIGACIONES

Primera edición
Cuarta reimpresión

EditorialPorrúa®

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE MÉXICO
DERECHO
LPHMN
92223348
830
52
-1707129
-321123

Primera edición, 2014
Primera reimpresión, 2015
Segunda reimpresión, 2018
Tercera reimpresión, 2019

Copyright © 2020
FAUSTO RICO ÁLVAREZ
PATRICIO GARZA BANDALA
MISCHEL COHEN CHICUREL

Esta obra y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 9
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, Ciudad de México
www.porrua.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607-09-1548-2

Se prohíbe la reproducción, el registro o la transmisión parcial o total de esta obra por cualquier sistema de recuperación de información, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, existente o por existir, sin el permiso por escrito de los titulares de los derechos correspondientes.

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

PRÓLOGO

Esta obra expone las ideas más elementales de nuestro *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*. Conservamos el mismo número de capítulos, pero sintetizamos su contenido para que la materia pueda ser asimilada aún en el curso de un semestre.

En el plano *teórico* analizamos las distintas figuras utilizando una estructura encaminada a facilitar su estudio y su comprensión.

Iniciamos cada capítulo con una introducción que indica la importancia de lo que se va a estudiar y anuncia su contenido. Posteriormente reseñamos los antecedentes históricos: comenzamos con el Derecho Romano, seguimos con el Código Napoleón, continuamos con el Código Civil de 1884 y finalizamos con el Código Civil alemán. Después examinamos el concepto de lo que era objeto de estudio. En ocasiones propusimos uno distinto del previsto por el Código Civil. Procuramos desglosar cada definición a fin de resaltar la importancia de sus partes. El resto de cada capítulo se ajustó a las exigencias de las diversas figuras. Por lo general expusimos sus elementos y profundizamos en sus consecuencias jurídicas.

En el aspecto *práctico* citamos los criterios judiciales existentes sobre cada tema, a fin de exhibir la distancia habida entre la teoría y la práctica desarrollada en los Tribunales. Ofrecimos ejemplos y casos prácticos, con el propósito de que el lector vea concretadas las ideas abstractas en situaciones de la vida real y se percate de la conveniencia o inconveniencia de seguir uno u otro criterio.

La mayoría de las veces logramos ponernos de acuerdo sobre los puntos que conforman los distintos temas. En otras nos vimos forzados a ofrecer dos o más opiniones que reflejan el parecer de cada uno de los autores que intervenimos en esta obra. Rogamos al lector tenga a bien dispensar la divergencia de criterios que encontrará en algunos casos. Intentamos reducirla al mínimo.

México, DF, noviembre de 2013

FAUSTO RICO ÁLVAREZ
PATRICIO GARZA BANDALA
MISCHEL COHEN CHICUREL

D-321123

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones jurídicas solo pueden entablarse entre personas y el ámbito que mejor lo refleja es el Derecho de Obligaciones.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La obligación es definida en las *Institutas* de Justiniano como sigue:[1] "La obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad".[2]

Conforme a esta definición la obligación se integra por tres elementos: sujetos —*somos*—, objeto —*pagar alguna cosa*— y un vínculo jurídico que los une.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Civil francés de 1804 no previó una definición de obligación.

La Doctrina elaboró definiciones que incorporaron los mismos tres elementos a que hicimos referencia en el apartado anterior.[3]

---

[1] Las citas que en lo sucesivo hagamos de la obra Justinianea proceden del *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, traducción de don Ildefonso L. García del Corral, Jaime Molinas-Editor, Barcelona, 1889.

[2] Inst. 3. 13 "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*"

[3] *Cfr.* PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, 3ª ed., Harla, México, 1997, p. 356. BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Harla, México, 1997, p. 468.

C. Código Civil de 1884

A pesar de no haber incluido una Teoría General de las Obligaciones, el legislador de 1884 sí ofreció un concepto de obligación en el siguiente artículo:

> Art. 1326.—Obligación personal es la que solamente liga a la persona que la contrae, y a sus herederos.

La definición citada dista de las formuladas en el Derecho Romano y en el Derecho francés, ya que su propósito no era tanto ofrecer un concepto de "obligación personal", sino acentuar que "solamente liga a la persona que la contrae", a fin de distinguirla de la "obligación real", tema del que nos ocuparemos en capítulos siguientes.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

El Código Civil Germano sí definió la palabra obligación. El parágrafo 241 de dicho ordenamiento dispuso:

> § 241. En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. La prestación puede consistir también en una omisión.

La norma trascrita permite concluir que el concepto de obligación que prevé el Código Civil alemán contiene los mismos tres elementos que incluyeron las definiciones romanas y francesas.

III. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

A continuación se analiza el origen etimológico y el concepto jurídico de la palabra obligación.

A. Origen etimológico de la palabra obligación

El término obligación se originó en Roma y proviene del verbo latino *ob-ligare* que significa "acción de atar" o "acción de ligar". La noción de obligación como "atadura" o "ligamen" fue suavizándose con el paso del tiempo y las palabras mencionadas fueron sustituidas por otras como "vínculo" o "relación".

B. Concepto jurídico de obligación

Desde el punto de vista jurídico la palabra obligación tiene un sentido amplio y otro restringido.

a) Obligación en sentido amplio

En sentido amplio, la obligación es una relación jurídica entre dos partes que faculta a una llamada acreedor a exigir una conducta de dar, hacer o no hacer, susceptible de valoración pecuniaria, y que sujeta a otra llamada deudor a cumplirla.

La definición indicada es lo suficientemente extensa como para comprender los dos lados de una misma relación: uno al que llamaremos activo, que denota la perspectiva del acreedor, quien está facultado para exigir; y el otro, al que llamaremos pasivo, que denota el enfoque del deudor, quien está compelido a cumplir.

Desde el punto de vista activo o del acreedor, la obligación se denomina derecho personal o derecho de crédito.[4] Desde el punto de vista pasivo o del deudor, la obligación se denomina obligación en sentido estricto, deuda o simplemente obligación.

Pudiera pensarse que la terminología expuesta da lugar a equívocos, sin embargo, consideramos que el peligro de confusión se elimina atendiendo a que los términos "crédito" y "obligación" no designan entes distintos, sino enfoques diferentes de un mismo elemento, de un mismo ser. Además, basta con leer el contexto en que se utiliza la palabra obligación para comprender el sentido que en cada caso se le quiere dar.

La Teoría General de las Obligaciones estudia la obligación en sentido amplio, que a su vez comprende los aspectos activo y pasivo anteriormente explicados.

b) Obligación en sentido estricto

En sentido estricto, la obligación es una relación jurídica entre dos partes por virtud de la cual, una de ellas llamada deudor debe cumplir una conducta de dar, hacer o no hacer, susceptible de valoración pecuniaria, en favor de otra llamada acreedor.

La definición señalada se refiere exclusivamente al aspecto pasivo de la relación jurídica. A continuación procederemos a analizarla sucintamente, reservando el estudio de sus elementos para capítulos siguientes.

- Relación jurídica

La obligación es una relación jurídica, un vínculo de Derecho que une a dos partes.

---

[4] En Doctrina se afirma que la expresión "derecho personal" es imprecisa, por lo que se sugiere utilizar únicamente la denominación "derecho de crédito".

- Dos partes

La obligación une a dos partes: a una activa o acreedora y a otra pasiva o deudora.

Tanto la parte activa como la pasiva necesariamente deben estar integradas por personas, ya sean físicas o morales.

Afirmar que la obligación se da entre dos partes en lugar de entre dos personas evita restringir el número de sujetos que pueden integrar cado lado. Es decir, la parte activa puede conformarse por una, dos, tres o más personas; igualmente la parte pasiva. De lo contrario no podría explicarse la existencia de obligaciones en las que existe pluralidad de sujetos en uno o ambos lados.

- Deudor

El deudor es el sujeto pasivo de la obligación, quien debe cumplir la conducta objeto de la deuda.

- Deber de cumplir una conducta de dar, hacer o no hacer

El objeto de la obligación solo puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer.

Algunos autores engloban los verbos dar y hacer en el vocablo "prestación" y utilizan la palabra "abstención" para designar las conductas de no hacer. Por razones de claridad preferimos emplear los términos dar, hacer y no hacer.

- Susceptible de valoración pecuniaria

La conducta objeto de la obligación necesariamente debe ser susceptible de valorarse en dinero.

- Acreedor

El acreedor es el sujeto activo de la obligación, quien puede exigir el cumplimiento al deudor.

IV. CONCLUSIÓN RESPECTO AL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

La conclusión que puede derivarse de lo desarrollado es que independientemente de la época y terminología que se elija, en el Derecho occidental el concepto de obligación siempre ha contado con tres elementos: sujetos, objeto y relación jurídica.

Capítulo Segundo

LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El conocimiento de los sujetos de la obligación permite determinar quién tiene restricciones en su libertad jurídica, por ser deudor, y quién está facultado a exigir su cumplimiento, por ser acreedor.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

En el Derecho Romano podían ser sujetos de obligaciones las personas físicas y las morales. Se admitieron diversos supuestos en que la identidad de alguno de los sujetos de la obligación podía ser desconocida temporalmente.[1] Los supuestos en que alguno de los sujetos de la obligación era indeterminado —y no solo desconocido—fueron más escasos.[2]

B. Código Napoleón

En materia de identidad y determinación de los sujetos de la obligación el legislador francés siguió las directrices fijadas por el Derecho Romano: existieron numerosos casos en que la identidad de alguna de las partes de la relación jurídica podía ser momentáneamente desconocida, mientras que los supuestos de indeterminación de los sujetos fueron excepcionales.

---

[1] Juan Iglesias cita, entre otras, la obligación de resarcir el daño causado por un animal, que correspondía a quien fuese su dueño. Iglesias, Juan, *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 1998, p. 340.

[2] El citado autor menciona la obligación del heredero de ejecutar alguna prestación en favor de personas cuya determinación era encomendada a un tercero (*loc. cit.*).

C. Código Civil de 1884

Siguió al Código Napoleón en lo relativo al conocimiento y determinación de los sujetos de la obligación.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

El Código Civil germano incrementó potencialmente los supuestos en que alguna de las partes de la relación jurídica podía ser indeterminada pero determinable. Lo anterior se debió a que el citado ordenamiento reguló la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones.

III. DENOMINACIONES DE LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN

Los sujetos de la obligación reciben nombres distintos dependiendo del lado de la relación jurídica en que se encuentren.

A. Sujeto activo

El sujeto activo de la obligación también puede designarse acreedor, facultado, titular del derecho o el que tiene el derecho.

B. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de la obligación también puede designarse deudor, obligado, titular de la obligación o el que tiene la obligación.

IV. APTITUD PARA SER SUJETO DE OBLIGACIONES

Existen tres niveles o grados de aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones: personalidad jurídica, capacidad de goce y legitimación. Dichos grados se encuentran ordenados entre sí de mayor a menor alcance y abstracción.

A continuación proporcionaremos una visión sucinta de estos conceptos, en consideración a que anteriormente profundizamos en su estudio.[3]

[3] Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio y Cohen Chicurel, Mischel, *Introducción al Estudio del Derecho Civil y Personas*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 161-163, 223-228 y 242-246.

A. Personalidad jurídica

La personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Es el grado más amplio de aptitud que existe y presupuesto para todos los demás. A los entes que tienen personalidad jurídica se les denomina personas.

Para ser sujeto de cualquier derecho u obligación es necesario ser persona. El concepto de personalidad jurídica delimita el ámbito de quienes son sujeto y no objeto de relaciones jurídicas. Su estudio permite explicar por qué un niño, una mujer o una organización civil, por mencionar algunos, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, y por qué una silla, un orangután o un ordenador no pueden serlo.

B. Capacidad de goce

La capacidad de goce es la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Constituye el segundo grado de aptitud jurídica y presupone la personalidad jurídica.

Mientras que la personalidad jurídica permite responder qué *entes* pueden ser personas, la capacidad de goce permite responder qué *personas* pueden ser sujetos de derechos y obligaciones que emanan de actos jurídicos determinados.

La capacidad de goce permite explicar por qué un hombre de 20 años puede ser sujeto de los derechos y obligaciones que emanan del matrimonio mientras que un niño de 12 no puede serlo, aún cuando ambos son personas (artículo 148).[4]

C. Legitimación

La legitimación es la específica posición que guarda una persona respecto de los sujetos o del objeto de un acto jurídico, que lo habilita o inhabilita para celebrarlo. Es el grado más concreto de aptitud jurídica y presupone tanto la personalidad jurídica como la capacidad de goce.

La legitimación siempre está referida a actos y obligaciones específicas y permite explicar, por ejemplo, por qué un hombre que tiene capacidad de goce para ser titular de los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio no puede celebrarlo cuando la pretendiente es su hermana (artículo 156 f. III). En este caso la Ley inhabilita al varón a unirse en matrimonio por la específica posición en que se encuentra respecto del otro sujeto del acto, su hermana.

[4] En lo sucesivo los artículos que se citen son del Código Civil para el Distrito Federal, salvo que se indique otro ordenamiento.

Mientras que la capacidad de goce es la aptitud para celebrar diversos tipos de actos abstractamente considerados, la legitimación es la aptitud para celebrarlos en concreto.[5]

V. CONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN

Conocer la identidad de alguno de los sujetos de la obligación significa estar en posibilidad de individualizarlos, principalmente por su nombre (aunque la individualización es más certera si además se conoce el domicilio, el estado civil y el estado político). No significa estar al tanto del aspecto físico del acreedor o del deudor.[6]

Por regla general desde que nace la obligación la parte deudora tiene conocimiento de quién es la acreedora y viceversa.[7]

Existen excepciones a la regla indicada. Uno de los casos más citados por la Doctrina tiene lugar ante la muerte de alguno de los integrantes originales de la obligación. Al fallecer una persona sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte se transmiten a sus herederos (artículo 1281). Los acreedores y deudores del difunto ahora lo serán de los herederos y es muy común que temporalmente no se tenga conocimiento de quiénes son éstos, ya sea porque no se encuentre el testamento, porque no se hubiere otorgado, o por cualquier otra causa. En dicho supuesto habrá desconocimiento temporal de la identidad de los sujetos de la obligación.

Hay casos mucho más simples, como ocurre con la persona que impacta un automóvil estacionado en la vía pública sin que su propietario esté presente. En dicho supuesto el responsable del impacto será deudor de una indemnización (artículo 1913), pero probablemente desconocerá quién es su acreedor —es decir, quién es el propietario del vehículo impactado—, y a su vez, el acreedor desconocerá quién es su deudor.

---

5 La diferencia entre capacidad de goce y legitimación puede comprenderse fácilmente atendiendo a la manera en que debe preguntarse si alguien satisface uno u otro grado de aptitud. Siguiendo con el ejemplo del matrimonio, si desea conocerse si una persona tiene capacidad de goce para celebrarlo *in abstracto* debe preguntarse ¿puede celebrar matrimonio? En cambio, si desea conocerse si la misma persona tiene legitimación para celebrarlo *in concreto* debe preguntarse ¿puede celebrar *ese* matrimonio?

6 Si así fuera nunca podría conocerse la identidad de las personas morales.

7 Piénsese en dos personas que celebran un contrato de compraventa sobre un inmueble: desde el momento en que nacen las obligaciones derivadas del negocio jurídico los contratantes saben quién es su contraparte.

Lo que caracteriza a casos como el citado es que alguno de los sujetos de la obligación desconoce quién es su contraparte. No existe duda respecto a que la obligación tiene un acreedor y un deudor *determinados*, pero temporalmente se ignora quiénes son. En otras palabras, la identidad de los sujetos de la obligación puede ser desconocida pero conocible.

Durante siglos el Derecho ha admitido la posibilidad de que se desconozca transitoriamente la identidad de alguna de las partes de la relación jurídica y ha previsto mecanismos para evitar que la obligación pierda eficacia por esta circunstancia.

VI. DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN

La Doctrina comúnmente estudia como un mismo tema el desconocimiento de la identidad de los sujetos de la obligación y su indeterminación. En nuestra opinión lo anterior es incorrecto, ya que existen considerables diferencias entre no saber quién es el acreedor o el deudor y que alguno de éstos se encuentre indeterminado.

A. Planteamiento del problema

En algunos casos la incertidumbre sobre los sujetos de la obligación no se limita al desconocimiento de su identidad, sino también a su concretización como partes de la relación jurídica.

Para explicar la diferencia entre desconocimiento de identidad e indeterminación iniciaremos retomando el ejemplo de la persona que impacta un automóvil estacionado en la vía pública. En dicho supuesto se aprecia fácilmente que, desde su nacimiento, la obligación tiene dos sujetos determinados: el que impactó y el propietario de lo impactado. Lo único que distingue esta relación jurídica de otras es que momentáneamente alguna de sus partes o ambas desconoce quién es la otra.

Ahora piénsese en el siguiente caso: los abogados Hugo y Martín acuerdan con Susana que uno de los primeros prestará asesoría jurídica gratuita a la segunda el próximo mes, debiendo determinarse el deudor a partir del número de horas que cada uno labore durante la semana que transcurre: quien haya trabajado menos horas será el que preste sus servicios a Susana. En el supuesto indicado existe un sujeto pasivo indeterminado pero determinable.

Las diferencias entre los ejemplos indicados son evidentes: en el supuesto del automóvil impactado nadie duda que haya acreedor y deudor, solo existe un desconocimiento transitorio de sus identidades; en el caso de la prestación de

servicios gratuita, ¿cuál es el *status* de los abogados antes de que se determine quién deberá cumplir? ¿Ambos son deudores? ¿Ninguno lo es? ¿Puede haber relaciones jurídicas en las que momentáneamente haya acreedor sin deudor?

B. Criterio de solución al problema

En nuestra opinión las interrogantes planteadas en el apartado que antecede deben resolverse conforme a la distinción aristotélica del *ser en potencia* y del *ser en acto*.[8]

Los sujetos indeterminados son seres en potencia y no en acto. Que una obligación tenga deudor o acreedor en potencia no equivale a que carezca de deudor o de acreedor, ya que el ser en potencia existe, a diferencia de la nada. Además, debe rechazarse la afirmación de que pueda existir deudor sin acreedor o acreedor sin deudor, ya que es contraria a la noción más elemental de relación, como veremos en capítulos siguientes.

Conforme al razonamiento indicado, en el ejemplo de la prestación de servicios gratuita Hugo y Martín se constituyeron en obligados *potenciales* de Susana desde el acuerdo de voluntades; una vez conocidas las horas de trabajo de cada uno se determinará quién es el obligado *en acto*, y por tanto, a quién se puede exigir el cumplimiento.

[8] Aristóteles, *Metafísica*, Libro IX, C. I.

Capítulo Tercero

EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de la obligación es lo que el acreedor puede exigir y lo que el deudor debe cumplir.

La palabra "objeto" tiene diversas acepciones, por lo que es importante atender al contexto en que se utiliza para conocer el sentido que en cada caso se le quiere dar.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

El objeto de la obligación podía consistir en un *dare*, en un *facere*, o en un *praestare*, conductas que fueron acogidas en la definición de Paulo.[1]

B. Código Napoleón

Reglamentó el objeto de la obligación en el Título dedicado a la regulación general de los contratos. El legislador francés dispuso que el objeto de los contratos podía consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer (artículo 1126).

C. Código Civil de 1884

Al igual que el Código Napoleón, reguló el objeto de la obligación al reglamentar el objeto de los contratos (artículo 1422).

[1] D. 44. 7. 3.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Utilizó el vocablo "prestación" para designar todo lo que podía constituir el objeto de la obligación. Es decir, para el legislador alemán la palabra "prestación" equivalió a lo que la Ley francesa llamó dar, hacer y no hacer.

III. CONCEPTO DE OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

A. Acepciones de la palabra objeto

Antes de analizar el concepto de "objeto de la obligación" debemos tener presente que la palabra objeto es un término equívoco que admite dos acepciones: objeto-materia y objeto-fin.

La palabra objeto, en su acepción de materia, permite designar cosas y también aquello que sirve de contenido a algo. Se usa la palabra objeto en su acepción "materia" en frases como "¿qué es ese objeto?" o "el objeto de estudio de la Biología son los seres vivos".

La palabra objeto, en su acepción de fin, alude al propósito u objetivo de algo. Se usa la palabra objeto en su acepción "fin" en frases como "el objeto de la lucha contra el crimen organizado es la preservación del Estado de Derecho".

En materia jurídica se usan ambas acepciones sin mayor aclaración. Es común que tanto la Ley como la Doctrina empleen ambos sentidos del vocablo "objeto" sin especificar a cuál se refieren, por lo que es importante atender al contexto en que se utilizan.

En lo referente al objeto de la obligación la palabra "objeto" se usa como sinónimo de materia.

B. El objeto de la obligación

El objeto de la obligación es lo que el deudor debe al acreedor y lo que el acreedor puede exigir al deudor.

Uno de los métodos más sencillos para determinar cuál es el objeto de la obligación consiste en responder a la pregunta ¿qué debe el deudor?[2]

La Doctrina ha respondido a la pregunta ¿qué debe el deudor? de dos maneras distintas y cada una ha sido reconocida por el texto legal. Una de las respuestas conforma lo que se denomina "objeto directo de la obligación", mientras que la otra es lo que se conoce como "objeto indirecto de la obligación".

---

[2] *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 828.

a) Objeto directo de la obligación

Desde el punto de vista técnico la mejor respuesta a la pregunta ¿qué debe el deudor? es la siguiente: una conducta de dar, de hacer o de no hacer. Éstas componen lo que la Doctrina denomina "objeto directo de la obligación".

El objeto recibe el calificativo "directo" debido a que dar, hacer y no hacer constituyen lo que de manera *inmediata* se espera del deudor: una conducta.

No existe disposición alguna en el Código Civil que se refiera al "objeto directo de la obligación", sin embargo, el legislador lo reconoció implícitamente al reservar un Capítulo a las obligaciones de dar y otro a las de hacer y de no hacer.

b) Objeto indirecto de la obligación

Un número considerable de autores ha respondido a la pregunta ¿qué debe el deudor? de la siguiente manera: un bien, un hecho o una abstención, que son correlativos de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, respectivamente, y han sido denominados "objeto indirecto de la obligación".

El objeto recibe el calificativo "indirecto" debido a que no designa lo que inmediatamente se espera del deudor, que siempre es una conducta, sino aquello que se obtendrá *a través* de su conducta.

El Código Civil[3] se refiere al objeto indirecto de la obligación genéricamente como "objeto" y lo prevé al regular los elementos del contrato:

> Art. 1824.—Son objeto de los contratos:
> I. La cosa que el obligado debe dar;
> II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

IV. OBJETO DIRECTO DE LA OBLIGACIÓN

En el apartado anterior explicamos que el objeto directo de la obligación puede ser una conducta de dar, de hacer o de no hacer. A continuación desarrollaremos el contenido y las reglas aplicables a cada una.

A. Obligaciones de dar

Tanto el Derecho Romano como el francés indicaron limitativamente cuáles eran las obligaciones de dar.

---

[3] En lo sucesivo cualquier alusión al Código Civil o al Código Civil vigente deberá entenderse referida al Código Civil para el Distrito Federal.

El Código Civil vigente siguió el mismo criterio y dispuso que las obligaciones de dar son *numerus clausus*:

> ART. 2011.—La prestación de cosa puede consistir:
> I. En la traslación de dominio de cosa cierta;
> II. En la entrega temporal del uso y/o goce de cosa cierta;
> III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

El numeral transcrito denomina a las obligaciones de dar como "prestación de cosa", igual a como lo hacía el Código Civil de 1884.

Conforme al artículo 2011 antes transcrito solo existen cuatro conductas de dar: la traslación de dominio de cosa cierta, la "entrega" temporal del uso y/o goce de cosa cierta, la restitución de cosa ajena y el pago de cosa debida. A continuación examinaremos cada una e indicaremos las reglas que les corresponden.

a) TRASLACIÓN DE DOMINIO DE COSA CIERTA

1. *Concepto*

La traslación de dominio de cosa cierta consiste en la transmisión —total o parcial— del derecho de propiedad de una persona a otra.

La Doctrina ha especulado sobre la distinción entre propiedad y dominio, actualmente pueden considerarse como sinónimos.[4]

2. *Normas aplicables*

El Código Civil regula tres aspectos relacionados con la traslación de dominio: cuándo tiene lugar, qué debe entregarse y quién debe asumir los riesgos de la pérdida del bien por caso fortuito o fuerza mayor. A continuación analizaremos los dos primeros y reservaremos el estudio del tercero, también conocido como teoría de los riesgos, para capítulos siguientes.

Debe mencionarse que la Teoría General de las Obligaciones prevé reglas adicionales a las que examinaremos a continuación. En este apartado nos limitaremos a estudiar las contenidas en el Capítulo sobre las obligaciones de dar, mientras que las restantes serán analizadas al estudiar el pago.

■ Momento en que se transmite la propiedad

La Ley distingue el momento en que se transmite la propiedad atendiendo a si se trata de bienes individualizados o de bienes designados por su género y su especie.

[4] *Cfr.* AZÚA REYES, Sergio T., *Los Derechos Reales*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p. 55 y ARCE Y CERVANTES, José, *De los Bienes*, 6ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005, p. 50.

Al estudiar el objeto indirecto de la obligación explicaremos la diferencia entre un bien individualizado y otro designado solo por su género y su especie.

□ Transmisión de propiedad de bienes individualizados

La transmisión del derecho de propiedad de bienes individualizados tiene lugar desde que se celebra el acto jurídico que la origina:

> ART. 2014.—En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público.

El artículo trascrito acoge el criterio asumido por la Ley francesa y otorga a los contratos y, en general a los actos jurídicos, esencia traslativa de dominio. El numeral de referencia dispone que en las enajenaciones de bienes individualizados la propiedad se transmite por "mero efecto del contrato" sin que sea necesaria entrega —tradición— real o simbólica.

□ Transmisión de propiedad de bienes designados por su género y su especie

La transmisión de dominio sobre bienes que no han sido individualizados, sino solo designados por su género y su especie opera de la siguiente manera:

> ART. 2015.—En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta, y determinada con conocimiento del acreedor.

La norma citada alude a "alguna especie indeterminada", lo que es incorrecto ya que si se tiene conocimiento de cuál es la especie, no puede afirmarse que sea indeterminada. El legislador debió hacer referencia a "bienes no individualizados".

Para que opere la transmisión de propiedad sobre los bienes mencionados es necesario que se individualicen y que se haga del conocimiento del acreedor el resultado de la individualización. Consideramos que corresponde al deudor ejecutar ambos hechos, es decir, ambos son obligaciones de hacer del deudor.

Debe tenerse presente que en el supuesto previsto por el artículo 2015 el derecho de propiedad no se transmite concomitantemente con la celebración del contrato, sino después de que el deudor haya cumplido las obligaciones de hacer que fueron indicadas. Existen otros supuestos en que la transmisión de propiedad se difiere a un momento posterior al acuerdo de voluntades, como sucede con las transmisiones a plazo, con las sujetas a condición suspensiva o con las que tienen por objeto bienes futuros.

■ Bienes que deben entregarse

El Código Civil prevé tres reglas relativas a qué debe entregar el deudor como consecuencia de la transmisión de propiedad.

□ Principio de identidad del bien

La primera regla sobre lo que debe entregar el deudor es denominada principio de identidad del bien y se encuentra consignada en el siguiente artículo:

> ART. 2012.—El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra aun cuando sea de mayor valor.

El numeral trascrito protege al acreedor disponiendo que debe entregársele aquello que fue convenido y no algo distinto, aún cuando sea de mayor valor.

Si bien el acreedor no se encuentra *obligado* a recibir algo distinto de lo debido, aún cuando sea de mayor valor, si se encuentra *facultado* a ello. Es decir, el acreedor puede libremente aceptar lo que el deudor le ofrezca en sustitución de la prestación original, que puede ser de mayor o menor valor que ésta. Si el acreedor acepta ocurrirá lo que se conoce como dación en pago, figura que será analizada en capítulos siguientes. Si el acreedor no acepta, podrá exigir al deudor el objeto inicialmente pactado y éste deberá entregarlo.

□ Entrega de los accesorios del bien principal

El Código Civil dispone que el deudor deberá entregar los accesorios del bien objeto de la obligación, conforme a lo siguiente:

> ART. 2013.—La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

De acuerdo con el numeral citado la obligación de entregar los accesorios del bien objeto de la deuda tiene dos excepciones: que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Por título de la obligación debe entenderse la fuente de la que emana la relación jurídica: si la obligación surge de un contrato, es posible que los contratantes pacten expresamente que no deberán entregarse los accesorios del bien.

Por circunstancias del caso debe entenderse tanto el contexto en que surgió la obligación como los accesorios específicos cuya entrega razonablemente pueda esperarse.

□ Calidad del bien

En las enajenaciones de bienes designados solo por su género y su especie, si las partes no hubieren convenido la calidad específica de los que deberán entregarse, el deudor cumplirá entregando bienes de calidad media:

> ART. 2016.—En el caso del artículo que precede, si no se designa la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una de mediana calidad.

La norma citada refiere al "caso del artículo que precede", es decir, a las enajenaciones que el legislador incorrectamente denominó "de especies indeterminadas".

Es importante aclarar que la regla prevista por el artículo 2016 solo es aplicable si los bienes han sido determinados de acuerdo con los mínimos que exige la Ley para considerar que hay objeto de la obligación. Verbigracia, para que pueda afirmarse que el deudor debe entregar un kilogramo de café colombiano de calidad media, primero debió conocerse que el deudor debía entregar un kilogramo de café colombiano. El artículo 2016 no podría aplicarse si solo se convino que el deudor habría de entregar "granos".

3. *Consideraciones sobre el carácter obligacional de la traslación de dominio*

Existe debate sobre si la transmisión del derecho de propiedad es una obligación.

Desde el punto de vista legal es innegable que el legislador consideró la traslación de dominio como una obligación, ya que así lo prevén tanto la fracción primera del artículo 2011 como otras disposiciones del Código Civil (artículos 2248 y 2384). Desde el punto de vista doctrinal existen cuando menos dos objeciones para considerarla una obligación:

La primera: no existe acción u omisión que deba observarse para transmitir la propiedad. No deben pronunciarse frases solemnes —como llegaba a suceder en el Derecho Romano—, no debe verificarse la entrega de bienes acompañada de la voluntad de transferir su dominio, no deben practicarse inscripciones en Registros Públicos. La propiedad se transfiere de una persona a otra sin que deba verificarse conducta alguna, por lo que puede concluirse que donde no hay conducta esperada no puede haber obligación.

La segunda: considerar que la transmisión de dominio es una obligación llevaría a concluir que existen obligaciones cumplidas desde su nacimiento. El razonamiento en que se apoya lo anterior es el siguiente: si la obligación nace desde que hay contrato y la transmisión de propiedad —que es el cumplimiento de la obligación— se verifica también desde que hay contrato, habrá que admitir que el surgimiento de la obligación y su cumplimiento se verifican en un mismo momento.[5]

---

[5] Así lo entendieron PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 455 y 614.

En nuestra opinión considerar que existen obligaciones cumplidas desde su nacimiento atenta contra la esencia misma de la deuda. Al estudiar la relación jurídica como elemento de la obligación veremos que toda deuda alberga la posibilidad de ser incumplida. La protección del Derecho ante el incumplimiento es precisamente lo que justifica que la relación reciba el calificativo "jurídica". Un compromiso que no puede ser incumplido carece de relación jurídica y por tanto no puede ser considerado obligación.

Concluimos que la traslación de dominio no es una obligación, sino un efecto de los contratos, una consecuencia de su celebración.[6]

b) "ENTREGA" TEMPORAL DEL USO O GOCE DE COSA CIERTA

1. *Concepto*

La "entrega" temporal del uso o goce de cosa cierta consiste en la transmisión, limitada en el tiempo, que realiza una persona a favor de otra, del derecho a utilizar y/o a percibir los frutos de un bien.

El texto original de la fracción segunda del artículo 2011 aludía a la "enajenación" temporal del uso o goce de un bien y no a su "entrega". El cambio de redacción derivó de una reforma efectuada en mayo de 2012.

En nuestra opinión era superior el texto anterior a la reforma. El legislador partió de una concepción incorrecta: consideró que en los contratos que tienen por objeto la transmisión del uso o goce "no existe enajenación", desconociendo que "enajenar" no significa "transmitir *la propiedad*", sino simplemente "transferir".[7] Sustituir la palabra "enajenación" por "entrega" fue un desacierto mayor, ya que la segunda generalmente designa la traslación *material* de un bien, no la de un derecho (como el uso o el goce). El vocablo "enajenación" pudo sustituirse por "transmisión", pero no por entrega.

La palabra *temporal* se contrapone a *perpetua*. Todas las transmisiones del uso o goce de bienes deben limitarse a un tiempo determinado, a efecto de preservar el valor económico del derecho de propiedad y de no desalentar la

[6] Ideas similares a las nuestras fueron expresadas con anterioridad por ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, en su obra *Contratos Civiles*, 12ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 111 y 112.

[7] Esto es válido tanto en el lenguaje jurídico como en el coloquial. El diccionario de la Real Academia Española define "enajenar" como "pasar o transmitir a alguien el dominio de algo *o algún otro derecho sobre ello*".

circulación de la riqueza. En algunos casos el tiempo máximo está expresamente previsto en Ley, en otros el límite se deja al arbitrio judicial.

El uso es la facultad para utilizar un bien según su destino o de acuerdo a lo pactado.

El goce es la facultad de percibir los frutos que pueda generar un bien.

2. *Normas aplicables*

Como se mencionó anteriormente, el Código Civil regula tres aspectos sobre la traslación de dominio: en qué momento se transmite, qué debe entregarse y la teoría de los riesgos. En materia de "entrega" temporal del uso o goce es necesario hacer algunas precisiones.

Respecto al momento en que se transmite el derecho a usar o a disfrutar bienes, consideramos aplicables las reglas que expusimos al tratar la traslación de dominio, aún cuando la Ley mencione expresamente la palabra "propiedad" en una de ellas. Fundamos nuestro criterio en un argumento de mayoría de razón: si el uso y goce son desmembramientos del derecho de propiedad, las reglas aplicables al todo pueden ser aplicables a las partes.

Acerca de qué debe entregarse consideramos que también rigen las reglas analizadas al estudiar la traslación de dominio.

En lo relativo a la teoría de los riesgos, el legislador incluyó una regla que será estudiada en capítulos siguientes.

3. *Consideraciones sobre el carácter obligacional de la enajenación temporal del uso o goce*

Al igual que la transmisión del derecho de propiedad, consideramos que la traslación del derecho a usar y/o disfrutar bienes ajenos es un efecto del contrato y no una obligación.

c) RESTITUCIÓN DE COSA AJENA

1. *Concepto*

La restitución de cosa ajena es la devolución de un bien en favor de un poseedor anterior. Para que haya restitución es indispensable que la persona a la que se restituye haya tenido en su poder el bien respectivo en un momento anterior.

2. *Normas aplicables*

De las reglas previstas en el Capítulo de las obligaciones de dar, solo consideramos aplicable la contenida en el artículo 2012, relativa al principio de identidad del bien y que ha sido estudiada anteriormente.

d) PAGO DE COSA DEBIDA

1. *Concepto*

Pago de cosa debida es cualquier entrega de un bien distinta a una restitución.

Algunos autores consideran que la restitución de bien ajeno y el pago de bien debido son equivalentes, ya que la Ley previó ambas en la misma fracción. En nuestra opinión estas conductas pueden diferenciarse, ya que restituir significa "volver algo a quien lo tenía antes"[8], es decir, presupone que aquello que se entrega estuvo anteriormente en poder del acreedor, mientras que por exclusión, "pago de cosa debida" comprende la entrega de un bien que no estaba en poder del acreedor.

Ejemplo de restitución de bien ajeno es la obligación que tiene el arrendatario de devolver al arrendador el bien arrendado una vez finalizado el contrato. Ejemplo de pago de cosa debida es la obligación que tiene el vendedor de entregar al comprador el bien materia del contrato.

2. *Normas aplicables*

Consideramos aplicables al pago de cosa debida las reglas previstas en los artículos 2012 (principio de identidad del bien), 2013 (entrega de accesorios) y 2016 (calidad del bien), analizados al estudiar la traslación de dominio. Asimismo, rigen al pago de bien debido las disposiciones sobre teoría de los riesgos que serán estudiadas más adelante.

B. OBLIGACIONES DE HACER

a) CONCEPTO

Las obligaciones de hacer son las que tienen por objeto una conducta positiva distinta de dar.

No existe un catálogo que precise cuáles son las obligaciones de hacer. Desde el Derecho Romano se han considerado como tales todas las acciones que no encuadran en una hipótesis de dar.

Algunos ejemplos de obligaciones de hacer son la prestación de servicios, el transporte de personas o de bienes y la celebración de actos jurídicos.

[8] Conforme al diccionario de la Real Academia Española.

b) NORMAS APLICABLES

El Capítulo que el Código Civil reserva a las obligaciones de hacer y de no hacer solo contiene dos disposiciones, de las cuales una se refiere a las obligaciones de hacer:

> ART. 2027.—Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.
>
> Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

La norma citada regula las consecuencias que siguen al incumplimiento de las obligaciones de hacer y no su cumplimiento.

Las reglas sobre el cumplimiento de las obligaciones de hacer se encuentran diseminadas a lo largo de la Teoría General de las Obligaciones y serán analizadas en especial en el capítulo sobre el pago.

C. OBLIGACIONES DE NO HACER

a) CONCEPTO

Las obligaciones de no hacer son las que tienen por objeto conductas negativas que el deudor debe observar en beneficio del acreedor.

Todo tipo de omisiones quedan comprendidas dentro de las obligaciones de no hacer, como la de no competir contra algún comercio, la de abstenerse de revelar información o la de no asistir a un lugar determinado, por citar algunas.

b) NORMAS APLICABLES

En el Capítulo sobre las obligaciones de hacer y de no hacer solo se encuentra prevista la siguiente regla:

> ART. 2028.—El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

La norma trascrita solo regula las consecuencias que derivan de incumplir una obligación de no hacer.

A diferencia de las obligaciones de dar y de hacer, que gozan de una regulación relativamente amplia, las de no hacer carecen de un marco normativo abundante, por lo que muchos aspectos de su cumplimiento han sido formulados por la Doctrina y por algunos criterios judiciales.

V. OBJETO INDIRECTO DE LA OBLIGACIÓN

El objeto indirecto de la obligación es el bien que el obligado debe dar, el hecho que debe hacer o la omisión que debe observar.

A. OBJETO-BIEN

a) CONCEPTO

El objeto-bien es el ente corporal o incorporal que el deudor debe dar al acreedor.

Tanto la Ley como la Doctrina comúnmente se refieren al objeto-bien como objeto-cosa o simplemente como cosa. En nuestra opinión lo anterior es incorrecto, ya que debe distinguirse entre cosa y bien.[9]

Solo los bienes pueden ser objeto de obligaciones.

b) REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER EL OBJETO-BIEN

El Código Civil dispone que el objeto-bien debe cumplir tres condiciones:

> ART. 1825.—La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.

A continuación desarrollaremos cada uno de los requisitos mencionados.

1. *Existir en la naturaleza*

- Concepto

Conforme al numeral primero del artículo 1825 el bien objeto de la obligación debe existir en la naturaleza.

Que algo exista en la naturaleza significa que *sea* en lo material o en lo ideal. Pueden ser objeto de obligaciones tanto los bienes corpóreos, que ocupan un lugar en el espacio, como los incorpóreos, que solo yacen en la mente —*verbigracia*, las ideas—.

El artículo citado aparentemente exige que el bien objeto de la obligación exista al momento en que nace la relación jurídica, por lo que podría pensarse

[9] Anteriormente (RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio, *De los contratos civiles*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p. 26) propusimos la siguiente distinción: cosa es todo elemento corporal que no se encuentra dentro de patrimonio alguno; bien es todo elemento susceptible de apropiación que integra el patrimonio de una persona. Desde el punto de vista legal, sin embargo, ambos vocablos son empleados como sinónimos.

que el legislador excluyó los bienes futuros. Sin embargo, la disposición referida debe leerse conjuntamente con la siguiente:

> ART. 1826.—Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento.

La norma trascrita permite que los bienes futuros también sean objeto de obligaciones y complementa lo previsto por el numeral primero del artículo 1825. De lo anterior concluimos que el primer requisito que debe cumplir el objeto-bien es que exista *o que pueda existir* en la naturaleza.

- Excepciones a que los bienes futuros puedan ser objeto de obligaciones

Existen diversas excepciones a que los bienes futuros puedan ser objeto de obligaciones.

La primera se encuentra prevista en el mismo artículo 1826, que dispone que no puede ser objeto de obligaciones "la herencia de una persona viva".[10]

La segunda excepción a que los bienes futuros puedan ser objeto de obligaciones se encuentra prevista en la regulación del contrato de donación (artículo 2333).

2. *Ser determinado o determinable en cuanto a su especie*

El segundo requisito que debe satisfacer el objeto-bien es que sea determinado o determinable en cuanto a su especie.

Desarrollaremos primero las obligaciones que tienen por objeto bienes determinados y posteriormente comentaremos las que tienen por objeto bienes determinables.

- Bienes determinados

Un bien está determinado cuando se ha precisado su tipo, cantidad y calidad.

- Determinación en cuanto al tipo

La determinación en cuanto al tipo consiste en precisar la naturaleza del bien que será objeto de la deuda.

[10] Debe criticarse el uso de la expresión "herencia de una persona viva", ya que conforme a la definición legal de herencia (artículo 1281) para que haya es necesario que primero ocurra el fallecimiento de aquél a quien se hereda. En otras palabras, no puede haber herencia si aún vive la persona de quien pretende heredarse. El legislador debió aludir a "la expectativa a heredar" o a los "derechos hereditarios futuros".

La Doctrina reconoce tres grados de determinación en cuanto al tipo, ubicados en una escala de menor a mayor concreción: determinación en cuanto al género, determinación en cuanto a la especie e individualización.[11]

La determinación en cuanto al género representa el menor grado de concreción y tiene lugar cuando solo se indica el género al que pertenece el bien materia de la obligación. Verbigracia, habrá determinación en cuanto al género cuando una persona acuerde vender a otra un tapete. La palabra "tapete" designa un género que comprende diversas especies —como los anudados y los planos, y dentro de los anudados pueden distinguirse los persas, los turcos y los tibetanos—.

La determinación en cuanto a la especie consiste en precisar el género y la especie al que pertenece el bien objeto de la relación jurídica. Siguiendo con el ejemplo anterior, habrá determinación en cuanto a la especie cuando una persona acuerde vender a otra un tapete persa; en dicho supuesto "tapete" constituye el género y "persa" una de las especies.

La individualización es el grado máximo de concreción y consiste en precisar las características particulares que permiten distinguir un bien de cualquier otro. Volviendo al ejemplo mencionado, habrá individualización cuando una persona acuerde vender a otra un tapete persa de colección, fabricado por una empresa específica en el año de 2007 y con número de inventario "777".

Conforme al numeral segundo del artículo 1825, trascrito anteriormente, para que pueda haber objeto de la obligación es necesario que cuando menos se satisfaga el segundo grado de determinación en cuanto al tipo, es decir, que se cumpla la determinación en cuanto a la especie.

La regla mencionada proviene del Código Napoleón. El legislador francés no autorizó que el objeto-bien pudiera ser determinado solo en cuanto al género, ya que el deudor podría liberarse de su obligación entregando cualquier elemento comprendido en él, aún cuando fuere irrisorio, por ejemplo quien prometió un animal podía entregar un insecto.[12]

A su vez, el *Code* se abstuvo de exigir la individualización. A pesar de ser el grado de determinación deseable, reconoció que en un número considerable de casos es difícil anticipar las características específicas del bien objeto de la deuda.

[11] En igual sentido, ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano: Obligaciones*, t. V, v. 1, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 290; MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 11ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 37 y 38.

[12] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 829.

En nuestra opinión la intención del legislador fue correcta, pero su solución no es infalible. La determinación en cuanto a la especie presupone que con solo señalar el género y la especie, se evitará que el deudor pueda liberarse de su obligación entregando algo absurdo. Sin embargo, lo anterior puede desvirtuarse si se recuerda que los géneros son especies respecto de las categorías de las que proceden y las especies son géneros respecto de las categorías que emanan de ellas. Por ejemplo, "automóvil" es género respecto de las categorías "automóvil alemán" y "automóvil japonés", pero es especie respecto de "vehículo automotor"; por su parte, "vehículo automotor" es género respecto de "automóvil" y especie respecto de "medio de transporte".

Cuando el legislador exigió que el bien materia del contrato sea determinado en cuanto a su especie ¿a qué especie se refirió? Es innegable que si una persona acuerda vender a otra "un automóvil alemán", el objeto-bien estará determinado en cuanto a su especie, ya que se ha indicado un género "automóvil" y una especie "alemán", pero ¿es suficiente esta determinación? Considérese la enorme gama de modelos y precios que existe de "automóviles alemanes".

Para resolver la interrogante planteada pueden asumirse dos criterios:

El primero considera que un bien estará determinado en cuanto a su especie siempre que se haya precisado la última especie a la que pertenece. El órgano jurisdiccional será quien resuelva si en el caso concreto las partes designaron *la última especie.*

El segundo criterio niega que pueda existir una respuesta general a la pregunta indicada y sostiene que las controversias que pudieran surgir deberán solucionarse atendiendo a una interpretación teleológica de la Ley: el objeto-bien estará determinado en cuanto a su especie siempre que el deudor no pueda liberarse de su obligación ejecutando una prestación insignificante y evidentemente contraria a las expectativas del acreedor.

- Determinación en cuanto a la cantidad

La determinación en cuanto a la cantidad consiste en indicar el número y/o medidas de los bienes que serán objeto de la obligación.

Absurdamente el legislador no exigió la determinación en cuanto a la cantidad en el numeral segundo del artículo 1825, de manera que si una persona acuerda vender a otra vino de un tipo y reserva específicos, habrá determinación en cuanto a la especie aún cuando el vendedor pueda liberarse entregando solo unas gotas.[13]

[13] *Loc. cit.*

Algunos autores han pretendido superar el error mencionado interpretando que con la expresión "determinación en cuanto a la especie", el legislador se refirió también a la determinación en cuanto a la cantidad y a la calidad.[14]

En nuestra opinión la determinación en cuanto a la cantidad es indispensable para que haya objeto-bien. Las partes no pueden ser omisas al respecto, ya que generalmente la Ley no prevé el número o medidas de un bien que deberá entregar el deudor a falta de acuerdo.

- Determinación en cuanto a la calidad

La determinación en cuanto a la calidad consiste en precisar el grado de superioridad o excelencia del bien que será objeto de la obligación.

A diferencia de la determinación en cuanto a la especie y en cuanto a la cantidad, que carecen de una regla legal que supla la omisión de las partes, la determinación en cuanto a la calidad sí la tiene. El artículo 2016, comentado anteriormente, dispone que en las enajenaciones de bienes designados solo por su género y su especie, el deudor cumplirá entregando bienes de calidad media.

- Bienes determinables

El objeto-bien es determinable cuando se desconoce su especie, cantidad y/o calidad, pero existe un mecanismo o fórmula que permitirán precisarlos en el futuro.

El legislador reconoció que en ocasiones es útil o necesario que surja el vínculo obligacional aún cuando no se encuentre determinado algún aspecto del objeto. En estos supuestos bastará con que exista un método que lo delimite para que la Ley autorice el surgimiento de la deuda.

El objeto-bien puede ser determinable en cuanto a su especie, cantidad o calidad:

Es determinable en cuanto a su especie cuando existe o se ha convenido un modo de precisar el tipo de bien que deberá entregarse. Por ejemplo, supóngase que una persona acuerda comprar a otra su siguiente cosecha de trigo o de maíz, dependiendo de cuál tenga más demanda. En dicha hipótesis el objeto es indeterminado pero determinable: las partes no han indicado qué clase de bien deberá entregarse, pero han convenido una fórmula para determinar cuál, de entre diversas especies, será la que constituya el objeto la deuda.

[14] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 289.

El objeto-bien es determinable en cuanto a su cantidad cuando la Ley o las partes prevén un modo de especificar el número o medidas que deberán entregarse. El supuesto más común tiene lugar en las obligaciones dinerarias que generan intereses: usualmente los contratantes acuerdan que los réditos se calculen sumando o restando puntos porcentuales a una tasa de referencia variable —como la Tasa de Interés Interbancaria de Equilibrio o TIIE—; en dicho supuesto, la cantidad de intereses que deberán pagarse no se conoce de antemano, ya que dependerá de la tasa de referencia que fije el Banco Central o alguna otra institución. Una situación similar ocurre en las obligaciones contraídas en moneda extranjera para ser solventadas en pesos.

El objeto-bien es determinable en cuanto a su calidad cuando existe una manera de precisar el grado de excelencia que deberá satisfacer. Piénsese que una persona acuerda comprar a otra equipo médico que cumpla con los requisitos que establecerá una Norma Oficial Mexicana aún no expedida. En el ejemplo planteado, la calidad del equipo médico dependerá de las reglas que establezca un agente extraño a las partes.

3. *Estar en el comercio*

El tercer y último requisito que debe cumplir el objeto-bien es que se encuentre en el comercio.

El Código Civil establece una relación de equivalencia entre que un bien sea susceptible de apropiación y que esté dentro del comercio:

> ART. 747.—Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Conforme al artículo citado un bien está dentro del comercio si es susceptible de apropiación.

No profundizaremos en el estudio del artículo trascrito ya que su análisis corresponde a la Teoría General de los Bienes.

B. OBJETO-HECHO Y OBJETO-ABSTENCIÓN

El legislador atribuyó al objeto-hecho y al objeto-abstención las mismas reglas, por lo que los estudiaremos en el mismo apartado. Asimismo, podremos referirnos indistintamente a ambos con la expresión "objeto-hecho".

a) CONCEPTO

El objeto-hecho es la acción que el deudor debe ejecutar en favor del acreedor.

El objeto-abstención es la omisión que el deudor debe observar en favor del acreedor.

b) REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER EL OBJETO-HECHO

El Código Civil establece dos condiciones que deben cumplir el hecho o la abstención materia de la deuda:

> ART. 1827.—El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:
> I. Posible;
> II. Lícito.

A continuación desarrollaremos los requisitos indicados.

1. *Posible*

El primer requisito que debe cumplir el objeto-hecho es que sea posible. Este requisito existe desde el Derecho Romano, donde se afirmaba "*impossibilium nulla obligatio est*".[15]

La Ley distingue dos tipos de posibilidad: la física y la jurídica.

- Posibilidad física

El legislador reguló en qué casos los hechos y las omisiones son imposibles desde el punto de vista físico, cuando lo correcto es que hubiere dispuesto en qué casos son posibles:

> ART. 1828.—Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza...

Interpretado a *contrario sensu*, el artículo trascrito dispone que el objeto-hecho es posible físicamente cuando es compatible con las leyes de la naturaleza.

Existen infinidad de hechos y omisiones que son incompatibles con las leyes de la naturaleza. Verbigracia, hechos incompatibles con las leyes de la naturaleza son que una persona vuele agitando únicamente sus manos o que se encuentre en dos lugares al mismo tiempo. Omisiones incompatibles con las leyes de la naturaleza son que una persona se abstenga de respirar por una semana o deje de secretar hormonas por su sola voluntad.

Pueden aún distinguirse los hechos y omisiones *subjetivamente* imposibles de los *objetivamente* imposibles: los primeros no pueden ser ejecutados u observados por la persona que pretende contraer la obligación, pero sí por otras; los

[15] D. 50. 17. 185. "Es nula la obligación de cosas imposibles".

segundos no pueden ser llevados a cabo por persona alguna.[16] La Ley acoge la distinción mencionada en el siguiente artículo:

> ART. 1829.—No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.

Conforme al numeral citado solo se consideran imposibles, para efectos de lo que puede ser objeto de la obligación, los hechos *objetivamente* imposibles.

- Posibilidad jurídica

Incurriendo en la misma falta de técnica a que hemos aludido anteriormente, el legislador estableció cuándo el objeto-hecho es imposible jurídicamente, mientras que lo correcto hubiese sido que reglamentara cuándo es posible:

> ART. 1828.—Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible... con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Conforme al numeral trascrito es imposible el hecho incompatible "con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización". A *contrario sensu* son posibles los hechos y omisiones compatibles con las normas jurídicas que deben regirlos.

En Doctrina se citan pluralidad de ejemplos de hechos y omisiones imposibles desde el punto de vista jurídico. Hechos imposibles jurídicamente son que una persona se obligue a venderse algo que es de su propiedad o que un propietario pretenda constituir una servidumbre entre dos predios suyos (artículo 1057). Omisiones imposibles jurídicamente son que un ser humano se abstenga de ser persona mientras se encuentre con vida o que un menor de diez años se obligue a no ser mayor de edad al cumplir dieciocho años (artículo 646).

En todos los casos de imposibilidad jurídica los hechos u omisiones deben ser incompatibles con reglas emanadas de cualquier fuente del Derecho que definan la esencia, sentido y funcionalidad elemental de sus figuras.

2. *Lícito*

El objeto-hecho debe ser lícito. Nuevamente el legislador empleó una redacción negativa: no dispuso cuándo el objeto-hecho es lícito, sino cuándo es ilícito:

[16] Un hecho *subjetivamente* imposible es que una persona sin preparación deportiva y que padezca obesidad corra cien metros planos en menos de diez segundos. Un hecho objetivamente imposible es que cualquier ser humano los corra en menos de un segundo.

ART. 1830.—Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Conforme al artículo citado es ilícito el hecho positivo o negativo contrario a las Leyes de orden público o a las buenas costumbres. A *contrario sensu*, son lícitos los hechos u omisiones acordes con las Leyes de orden público y con las buenas costumbres.

- Orden público

El primer supuesto que da lugar a la ilicitud del objeto-hecho es que sea contrario a una norma de orden público.

Respecto al concepto de orden público anteriormente[17] expusimos que existen cuatro criterios sobre su determinación: que puede elaborarse mediante fórmulas abstractas y generales; que puede crearse a través de un listado de figuras que posean tal carácter; que no puede definirse *a priori*; y que tiene un contenido dinámico que debe precisarse atendiendo a una época y lugar concretos.

Ejemplo de hecho contrario a las Leyes de orden público es matar a una persona, que contraría las normas jurídicas que prohíben el homicidio. Ejemplo de omisión contraria a las Leyes de orden público es abstenerse de votar en elecciones populares, que viola el mandato Constitucional que obliga a ello (artículo 36 f. III de la Constitución Federal).

- Buenas costumbres

El segundo supuesto que da lugar a la ilicitud del objeto-hecho es que sea contrario a las buenas costumbres.

El Código Civil no prevé una definición de "buenas costumbres". De algunos criterios judiciales se desprende que son un concepto jurídico indeterminado pero determinable por el juzgador, integrado por las conductas moralmente aceptadas en un tiempo y lugar determinados.[18]

La inclusión de las buenas costumbres respondió a la necesidad de impedir que puedan ser materia de obligaciones hechos u omisiones contrarios a las normas de la moral y que jurídicamente carezcan de regulación, ya sea por descuido o por alguna otra circunstancia. Constituyen un punto de contacto entre el Derecho y la moral, que a nuestro juicio no debe sobredimensionarse, ya que no debe emplearse para convertir lo jurídico en moral ni lo moral en jurídico.

En nuestra opinión debe interpretarse restrictivamente la expresión "buenas costumbres", de manera que solo comprenda aquéllos preceptos morales respecto de los que razonablemente podría esperarse una regulación jurídica, más no todos los preceptos morales. Afirmar que las buenas costumbres son todas las reglas de la moral vigentes en un tiempo y lugar determinados implicaría borrar la línea que separa lo jurídico de lo moral.

Debe mencionarse que las buenas costumbres no suelen ser invocadas en la práctica, por lo que son un concepto en desuso.

3. *Consideraciones sobre la distinción entre imposibilidad jurídica e ilicitud*

De acuerdo con lo explicado anteriormente son imposibles jurídicamente los hechos y omisiones incompatibles con normas que deben regirlos necesariamente y que constituyen un obstáculo insuperable para su realización. A su vez, son ilícitos los hechos y omisiones contrarios a las normas de orden público o a las buenas costumbres.

La generalidad de la Doctrina ha sostenido que existe una distinción tajante entre lo jurídicamente imposible y lo ilícito.[19] Por nuestra parte también admitimos que existe una diferencia entre lo jurídicamente imposible y lo ilícito.

En primer lugar debe reconocerse que lo jurídicamente imposible y lo ilícito tienen un elemento común: ambos atentan contra una regla de Derecho. La afirmación anterior se sustenta en el texto legal: lo jurídicamente imposible es "incompatible con una norma jurídica", lo ilícito es "contrario a las leyes de orden público".

Habiendo asumido que tanto lo jurídicamente imposible como lo ilícito son contrarios a Derecho, puede avanzarse hacia la distinción entre ambas figuras. En nuestra opinión, la diferencia entre una y otra resulta de responder a lo siguiente ¿por qué el Derecho no permite lo jurídicamente imposible y por qué no permite lo ilícito? Nuestra respuesta a estas interrogantes es la siguiente: el Derecho no permite lo jurídicamente imposible porque quebranta la esencia, el sentido y la operatividad elemental de sus figuras; a su vez, no permite lo ilícito porque comprende conductas socialmente reprobables que pretenden desalentarse. En otras palabras, lo imposible jurídicamente es lo que *no se puede* en el ámbito del Derecho, mientras que lo ilícito constituye lo que *no se*

---

17 Para profundizar en este tema véase RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA y COHEN CHICUREL, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 135-137.

18 Tesis de rubro: "BUENAS COSTUMBRES"; datos de localización: Quinta Época, Registro: 340485, Instancia: Tercera Sala, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXXII, Materia(s): Común. Página: 581.

19 *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 294, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 18ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010, p. 275 y BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 6ª ed., Oxford, México, 2011, p. 71.

debe. Puede apreciarse que la distinción entre lo jurídicamente imposible y lo ilícito no estriba en sus consecuencias, sino en por qué el Derecho los excluye.

c) REQUISITO ADICIONAL QUE DEBE SATISFACER EL OBJETO-HECHO

Existe un requisito que la Ley impuso al objeto-bien que no exigió respecto del objeto-hecho: que sea determinado o determinable en cuanto a su especie. En nuestra opinión lo anterior es incorrecto, ya que las obligaciones que tienen por objeto hechos u omisiones también deben delimitarse.

VI. CARÁCTER PECUNIARIO DEL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

La definición de obligación indica que la conducta de dar, hacer o no hacer objeto de la misma debe ser susceptible de valoración pecuniaria. Debemos distinguir entre la valoración pecuniaria del objeto y el interés pecuniario del acreedor.

La valoración pecuniaria del objeto es la asignación de un equivalente en dinero al bien, hecho o abstención que debe el deudor al acreedor. Si como resultado de una compraventa el deudor debe un automóvil, las leyes del mercado determinarán cuánto dinero equivale a dicho bien. Si en virtud de una prestación de servicios un médico se obliga a sacar el apéndice a su paciente, las mismas leyes permitirán conocer a cuánto asciende este hecho. Si una persona se obliga a no revelar los secretos industriales de una empresa, el menoscabo patrimonial que podría seguir al incumplimiento servirá de base para determinar el valor en dinero de su omisión. Basta con que pueda afirmarse que un bien, un hecho o una abstención pueden tasarse en dinero para que sean susceptibles de valoración pecuniaria.[20]

El interés pecuniario del acreedor[21] es el propósito del sujeto activo de la obligación de mantener o mejorar su situación patrimonial a través del cumplimiento de ésta. Por ejemplo, cuando una persona compra oro antes de una devaluación inminente, es innegable que tiene interés pecuniario en la operación. Lo mismo ocurre cuando se contratan los servicios de un arquitecto para que remodele un hotel, ya que se espera que los gastos incurridos se recuperen con creces por una mayor afluencia de turistas. La entrega de una cantidad de dinero a una persona para que se abstenga de competir comercialmente con quien provee el numerario es un ejemplo más.

Cuando afirmamos que toda obligación debe ser susceptible de valoración pecuniaria, queremos decir que pueda atribuírsele un equivalente en dinero y no que su cumplimiento necesariamente mejore la condición patrimonial del acreedor. En términos similares lo expresó el maestro Manuel Borja Soriano.[22]

[20] Incluso los objetos cuyo valor equivale a cero pesos son estimables pecuniariamente, ya que si no lo fueran, no podría saberse que valen cero pesos. Debe distinguirse el que un bien, un hecho o una abstención valgan poco o prácticamente nada de dinero, a que no puedan valorarse del todo.

[21] IHERING, Rudolph von, *Tres estudios jurídicos: El interés en los contratos*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pp. 11-72.

[22] BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p. 74.

Capítulo Cuarto

LA RELACIÓN JURÍDICA

I. INTRODUCCIÓN

La relación jurídica es el elemento de la obligación que explica por qué una persona debe ejecutar una conducta en favor de otra, así como el surgimiento de consecuencias adversas ante el incumplimiento.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

En el ámbito jurídico la relación fue conceptualizada como un vínculo o nexo entre dos personas que evocaba la idea de atadura o ligamento. Lo que dotó a la relación de esencia jurídica fue la presencia de dos elementos: el débito, entendido como el deber de realizar una determinada prestación; y la responsabilidad, entendida como el perjuicio jurídico que al deudor se le sigue en caso de cumplimiento.[1]

B. Código Napoleón

La Doctrina conceptualizó la relación como un vínculo o ligamento jurídico.

Tanto en la legislación francesa como en la Doctrina el débito y la responsabilidad aparecen como los elementos que dotan de juridicidad a las relaciones entre personas.

---

[1] Sohm, Rudolph, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Gráfica Panamericana, México, 1951, p. 196.

C. Código Civil de 1884

Al igual que la legislación francesa acogió implícitamente las ideas de débito y de responsabilidad.[2]

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Se debe a los autores germanos la identificación más clara del débito y de la responsabilidad como elementos configuradores de la relación jurídica. En el idioma alemán la palabra débito se traduce como *schuld*, en tanto que responsabilidad se traduce como *haftung*.[3]

III. CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA

Para entender el concepto de relación jurídica es necesario recurrir a la doctrina aristotélico-tomista, en especial a los conceptos de sustancia y de accidente.[4]

En este apartado responderemos a la pregunta ¿qué hace que una relación reciba el calificativo "jurídica"?

Antes de ofrecer una respuesta a la interrogante indicada, conviene dejar claro su planteamiento.

Cuando se afirma que un edificio es alto en relación a una casa, que es baja, se reconoce que entre ambos elementos existe una relación de altura. La relación se califica "de altura" debido a que alude a la mayor o menor medida vertical de las sustancias.

Cuando se afirma que una persona es acreedora y otra deudora se reconoce la existencia de una relación jurídica entre ambas. Pero ¿por qué se califica como jurídica? ¿A qué debe referirse la relación para que pueda considerarse jurídica?

Podría pensarse que una relación es jurídica si el Derecho le atribuye efectos, sin embargo, no estamos de acuerdo con esta afirmación, ya que hay

[2] *Cfr.* Mateos Alarcón, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, t. 3, Librería de J. Valdés y Cueva, México, 1885, pp. 167-199.

[3] Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2, v.1, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 9 y 10. En el mismo sentido se pronuncia Von Thur, *Tratado de las Obligaciones*, t. I, Reus, Madrid, 1934, p. 10.

[4] *Cfr.* Aristóteles, *Categorías*, C. IV. Párr. 1 y 2.

relaciones humanas que sin ser jurídicas, constituyen las hipótesis de las que nacerán relaciones de Derecho.[5]

Consideramos que la relación solo será jurídica cuando entre las personas involucradas exista una correspondencia de acreedor-deudor derivada del ordenamiento jurídico. En otras palabras, las relaciones recibirán el calificativo "jurídicas" si el Derecho faculta a una persona a exigir una conducta y constriñe a otra a cumplirla, y además, atribuye consecuencias ante la falta de cumplimiento.

Puede concluirse que si bien el Derecho atribuye efectos a toda relación jurídica, no todas las relaciones a las que el Derecho atribuye efectos son jurídicas. La esencia de toda relación jurídica se encuentra en la presencia del débito y de la responsabilidad, es decir, en la facultad de exigir y en el advenimiento de consecuencias ante el incumplimiento.

IV. DÉBITO

El débito es una de las dos características esenciales de la relación jurídica. Desde el punto de vista pasivo es la necesidad del deudor de ejecutar una conducta en favor del acreedor. Desde el punto de vista activo es la facultad del acreedor de exigir una conducta al deudor.

El débito es lo que permite al acreedor exigir la conducta de dar, hacer o no hacer objeto de la obligación. Sobre el significado del verbo exigir, consideramos acertada la definición del Diccionario de la Real Academia Española: "pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho".

V. RESPONSABILIDAD

a) CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad es la segunda característica esencial de la relación jurídica y comprende las diversas consecuencias desfavorables que recaen en la persona o en el patrimonio del deudor derivadas de su incumplimiento.

Toda relación jurídica alberga la posibilidad de ser incumplida, ya que las normas de Derecho que las originan siguen el principio de imputación —que determina lo que debe ser— y no el de causalidad —que determina lo que será—.[6]

[5] Por ejemplo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal atribuye efectos a las relaciones de compadrazgo y no por ello se pueden considerar como relaciones jurídicas (art. 170, f. III).

[6] Para profundizar en los principios de imputación y causalidad véase Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 23-25.

El Derecho debe prever medios que aseguren que cualquier incumplimiento será sancionado, de lo contrario no se distinguirían las normas morales y las religiosas de las jurídicas.

La responsabilidad siempre puede obtenerse de manera forzada, a diferencia del débito, que en ocasiones no puede exigirse coactivamente.

b) TIPOS DE RESPONSABILIDAD

El tipo de responsabilidad que deriva del incumplimiento de una norma jurídica depende de su ámbito material de validez.

Por ejemplo, habrá responsabilidad penal si se contraviene una norma de Derecho Penal. Las consecuencias adversas para el trasgresor pueden consistir en la privación de su libertad, en sanciones económicas, en la aplicación de medidas educativas o de salud, entre otras.

Siguiendo el razonamiento anterior, habrá responsabilidad civil si el deudor incumple una norma de Derecho Civil.

c) CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil puede abarcar distintas consecuencias adversas al deudor, sin embargo, debe recordarse que por disposición constitucional nunca podrá comprender la imposición de sanciones privativas de libertad:

> ART. 17.—...
> Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

De manera enunciativa pueden listarse las siguientes manifestaciones de responsabilidad civil:

1. Necesidad de reparar los daños y perjuicios ocasionados;
2. Pérdida de derechos;
3. Suspensión de derechos; y
4. Falta de legitimación.

d) CONCLUSIÓN SOBRE EL CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De lo expuesto puede concluirse que responsabilidad civil no equivale siempre a reparar daños y/o perjuicios. La indemnización es solo uno de los contenidos de la responsabilidad civil.

CAPÍTULO QUINTO

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

I. INTRODUCCIÓN

Fuente de obligaciones es todo supuesto y acontecimiento que da origen al vínculo obligacional.

El conocimiento de las fuentes de las obligaciones permite determinar qué las origina. Distinguir entre las diversas fuentes es de fundamental importancia, ya que unas poseen marcos normativos distintos de otras.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

El jurista romano Gayo, en su obra *Instituciones*, hizo un ejercicio de abstracción y resumió las fuentes de las obligaciones en dos categorías: delitos y contratos. En las *Institutas* Justiniano identificó cuatro especies de obligaciones: las que nacen de un contrato, o de un cuasi-contrato, o de un delito, o de un cuasi-delito.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Civil francés siguió la clasificación Justinianea de las fuentes de las obligaciones, a la que agregó una más: la Ley. En total el *Code* admitió cinco fuentes: contratos, cuasi-contratos, delitos, cuasi-delitos y la Ley (artículo 1370).

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884 no incluyó clasificación alguna sobre las fuentes de las obligaciones, sin embargo, reguló las mismas figuras que en el Derecho francés fueron consideradas contratos, cuasi-contratos y cuasi-delitos.

---

[1] Inst. 3. 13. 2.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

El *BGB* no previó clasificación alguna sobre las fuentes de las obligaciones.

III. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL

A. Enumeración de las fuentes de las obligaciones

El Título Primero de la Primera Parte del Libro Cuarto del Código Civil se denomina "Fuentes de las Obligaciones". Dicho Título se divide en seis Capítulos y cada uno alberga una fuente de obligaciones distinta.

El Capítulo Primero se denomina "Contratos", el Segundo "De la Declaración Unilateral de Voluntad", el Tercero "Del Enriquecimiento Ilegítimo", el Cuarto "De la Gestión de Negocios", el Quinto "De las Obligaciones que Nacen de los Actos Ilícitos" y el Sexto "Del Riesgo Profesional".[2]

Puede apreciarse que la sistematización del Código Civil vigente se aparta notoriamente de la de sus antecesores.

B. Fuentes de obligaciones no comprendidas en la clasificación legal

Las fuentes de las obligaciones previstas en el Título Primero antes referido son insuficientes, ya que no permiten explicar de dónde emanan todas las relaciones crediticias.

Por ejemplo, la obligación alimentaria (artículo 301) no encuadra en ninguna de las fuentes mencionadas, tampoco la obligación de rendir cuentas que recae sobre quienes ejercen la patria potestad (artículo 439).

Siguiendo el criterio del Código Napoleón y de la Doctrina francesa, tendría que concluirse que en los casos mencionados la fuente de las obligaciones es la Ley. Nuestra opinión será expuesta en el apartado siguiente.

[2] El Capítulo sobre el riesgo profesional solo alberga tres artículos que fueron derogados tácitamente por la Ley Federal del Trabajo de 1931, que a su vez fue abrogada por la Ley Federal del Trabajo de 1970.

IV. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

A. Divergencia doctrinal sobre las fuentes de las obligaciones

Tanto la Doctrina francesa como la mexicana han rechazado las respectivas clasificaciones legales de las fuentes de las obligaciones y han propuesto otras que poseen un mayor grado de abstracción y que aspiran a una mayor solidez lógica.

a) Criterios en la Doctrina francesa

Planiol y Ripert manifestaron su descontento con la clasificación del *Code*, a la que tildaron de superficial, viciosa e irreal. Dichos autores sostuvieron que todas las obligaciones provienen del contrato o de la Ley.

Bonnecase afirmó que las fuentes de las obligaciones son solo dos: la Ley conjuntamente con el hecho jurídico y la Ley conjuntamente con el acto jurídico.[3]

b) Criterios en la Doctrina mexicana

La Doctrina mexicana también ha manifestado su inconformidad con la clasificación legal de las fuentes de las obligaciones.

Borja Soriano siguió las ideas de Bonnecase y concluyó que las fuentes de las obligaciones son la Ley y el acto o el hecho jurídico juntamente.[4]

B. Opinión personal

Consideramos que toda obligación tiene una fuente remota y una fuente próxima.

a) Fuente remota de las obligaciones

La fuente remota de todas las obligaciones es el supuesto jurídico contenido en la norma de Derecho.

En la Teoría del Derecho se enseña que no hay consecuencia jurídica sin supuesto que la prevea. Esta máxima se denomina Ley de Causalidad Jurídica.[5]

[3] *Cfr.* Bonnecase, *op. cit.*, pp. 634 y 756 y Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 178.

[4] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 89.

[5] García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 55ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003, p. 174; Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010, p. 326.

El surgimiento de obligaciones es una consecuencia jurídica, y por tanto, requiere un supuesto normativo que lo prevea.

El criterio de Bonnecase, Borja Soriano y Rojina Villegas, consistente en que la Ley es la fuente última de toda obligación es afín a nuestras ideas. Sin embargo, dichos autores solo consideraron los supuestos jurídicos *legales* como fuente de obligaciones, mientras que nosotros consideramos cualquier supuesto jurídico, provenga o no de la legislación.

b) FUENTE PRÓXIMA DE LAS OBLIGACIONES

La fuente próxima de toda obligación es el acontecimiento que actualiza la hipótesis constitutiva del supuesto jurídico.

Para referirse a dicho acontecimiento se han empleado diversas fórmulas, unas con mayor abstracción que otras.

Las categorías "hecho jurídico" y "acto jurídico", a que alude Bonnecase, poseen el mayor grado de abstracción, ya que dentro de ellas pueden encuadrarse todos los acontecimientos que actualizan la hipótesis normativa.

Las categorías Justinianeas de contrato, cuasi-contrato, delito y cuasi-delito se ubican en un nivel de abstracción medio y son insuficientes para explicar todos los acontecimientos previstos por el supuesto jurídico.

La clasificación que el Código Civil prevé sobre las fuentes de las obligaciones tiene un grado de abstracción mínimo, ya que distingue entre los contratos, la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios, los hechos ilícitos y el riesgo profesional, figuras que en otras clasificaciones están comprendidas en un número mucho menor de categorías. Asimismo, la clasificación del Código Civil tampoco abarca todos los acontecimientos que pueden dar lugar a obligaciones, según demostramos anteriormente.

Sin duda la distinción más sólida y útil es la de hechos y actos jurídicos. Es la única que ha demostrado ser verdaderamente exhaustiva, de manera que comprende todos los eventos que pueden actualizar un supuesto jurídico.

En el apartado siguiente examinaremos la teoría francesa y la teoría alemana sobre la clasificación de los hechos jurídicos.

V. TEORÍAS SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS

En el apartado anterior mencionamos que la fuente próxima de toda obligación es el acontecimiento que actualiza la hipótesis normativa. Dicho acontecimiento ha sido designado genéricamente "hecho jurídico".

La Doctrina francesa y la alemana han elaborado las teorías más relevantes sobre la clasificación primaria de los hechos jurídicos.

A. TEORÍA FRANCESA SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS[6]

La teoría francesa parte del concepto "hecho", que es sinónimo de acontecimiento. Al hecho lo divide en dos categorías: hecho no jurídico y hecho jurídico en sentido amplio o *lato sensu*. Al hecho no jurídico lo define como cualquier acontecimiento cuya realización no produce consecuencias de Derecho. Al hecho jurídico en sentido amplio o *lato sensu* lo define como cualquier acontecimiento cuya realización produce consecuencias de Derecho.

El hecho jurídico *lato sensu* se divide en dos categorías: hecho jurídico en sentido estricto o *stricto sensu* y acto jurídico.

a) HECHO JURÍDICO *STRICTO SENSU*

El hecho jurídico *stricto sensu* es cualquier acontecimiento cuya realización produce consecuencias de Derecho independientemente de que exista una voluntad encaminada a generarlas.

El hecho jurídico *stricto sensu* se divide a su vez en dos sub-categorías: hechos jurídicos *stricto sensu* de la naturaleza y hechos jurídicos *stricto sensu* del hombre.

Los hechos jurídicos *stricto sensu* de la naturaleza se verifican sin la intervención de la persona y no afectan su personalidad ni sus atributos abstractamente considerados. Verbigracia, la adquisición del derecho de propiedad por aluvión (artículo 908) es un hecho jurídico *stricto sensu* de la naturaleza, ya que ocurre sin intervención de la persona y no se refiere a su personalidad ni a sus atributos.

Los hechos jurídicos *stricto sensu* del hombre se dividen en hechos de conducta innecesaria y en hechos de conducta necesaria.[7] Los primeros se refieren a algún aspecto de la persona, pero no requieren la ejecución de conducta alguna para verificarse —como el nacimiento o el cumplimiento de la mayoría de edad—. Los segundos requieren la ejecución de una conducta para verificarse, pero producen consecuencias de Derecho con independencia de si la persona quiso o no generarlas.

---

[6] Véase BONNECASE, *op. cit.*, pp. 755-762.

[7] La terminología original es hechos involuntarios y hechos voluntarios, respectivamente, sin embargo, consideramos más adecuada la terminología propuesta ya que dificulta la confusión entre los hechos de conducta necesaria y los actos jurídicos.

Por último, los hechos de conducta necesaria se dividen en lícitos e ilícitos. Son lícitos los conformes con las leyes de orden público y las buenas costumbres —como la gestión de negocios—. Son ilícitos los contrarios a las leyes de orden público y a las buenas costumbres —como la comisión de delitos—.

b) ACTO JURÍDICO

El acto jurídico es el acontecimiento voluntario encaminado a producir consecuencias de Derecho y que las produce precisamente por la voluntad.

Conforme a la definición indicada, para que haya acto jurídico es necesario que se cumplan tres requisitos:

1. Que haya acontecimiento voluntario.
2. Que la voluntad se encamine a producir consecuencias de Derecho.
3. Que las consecuencias de Derecho se produzcan precisamente por la voluntad.

Si falta alguno de ellos no habrá acto jurídico.

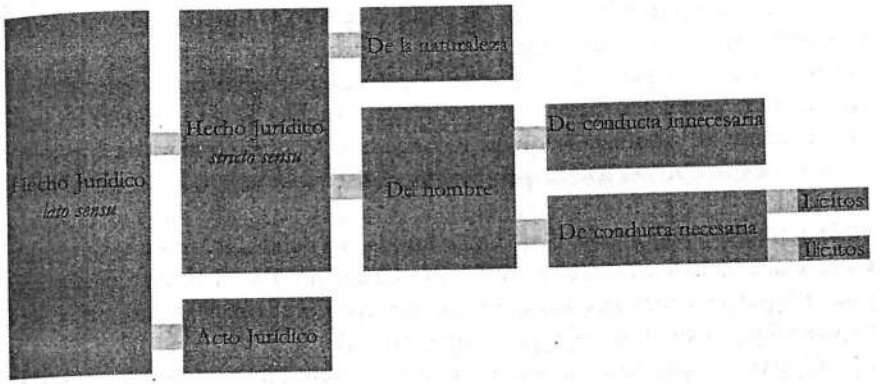
La distinción entre el hecho jurídico *stricto sensu* de conducta necesaria y el acto jurídico es la que puede representar mayor dificultad. Sin embargo, consideramos que cualquier supuesto puede resolverse fácilmente atendiendo a si se cumplen o no los elementos de la definición de acto jurídico.

Por ejemplo, piénsese que una persona que robó un reloj para obtener dinero por él es condenada a una pena privativa de libertad. En dicho supuesto estamos frente a un hecho jurídico de conducta necesaria y no frente a un acto jurídico. De los elementos de la definición de acto jurídico solo se cumple el primero, ya que el robo efectivamente es un acontecimiento voluntario. El segundo y el tercer elementos no se cumplen, debido a que la voluntad del delincuente se encaminó a obtener dinero por el reloj y no a producir consecuencias de Derecho.

Ahora supóngase que la misma persona robó el reloj con la intención de ir a la cárcel y generar en su favor el derecho a ser alimentado tres veces al día. En dicho supuesto también estamos frente a un hecho jurídico de conducta necesaria y no ante un acto jurídico. De los elementos de la definición de acto jurídico se cumplen el primero y el segundo, pero no el tercero. La pena privativa de libertad se impondrá al delincuente independientemente de que se hubiere propuesto o no conseguirla.

Solo cuando las consecuencias jurídicas surgen precisamente por la voluntad de las personas habrá acto jurídico.

Esquemáticamente la clasificación de los hechos jurídicos de la teoría francesa puede representarse de la siguiente manera:



B. TEORÍA ALEMANA SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICOS

La teoría alemana sobre la clasificación de los hechos jurídicos también parte del concepto "hecho", al que divide en hecho jurídico *lato sensu* y hecho no jurídico. A su vez, al hecho jurídico *lato sensu* lo divide en hecho jurídico *stricto sensu* y acto jurídico *lato sensu*.

a) HECHO JURÍDICO *STRICTO SENSU*

Consideramos que tanto el concepto como las sub-clasificaciones del hecho jurídico *stricto sensu,* expuestas por la teoría francesa, son aplicables a la teoría alemana.[8]

b) ACTO JURÍDICO *LATO SENSU*

Las diferencias entre la teoría francesa y la alemana se manifiestan en la clasificación de los actos jurídicos.

La Doctrina francesa clasificó los actos jurídicos atendiendo a aspectos accidentales, como el número y sentido de las voluntades necesarias para su actualización.

La Doctrina alemana no admitió que todos los actos jurídicos compartan la misma esencia, por lo que antes de clasificarlos en atención a aspectos accidentales, los diferenció en función de la injerencia que tiene la voluntad en cada uno. Con base en estas ideas la teoría alemana reconoció la existencia de un acto jurídico *lato sensu* —definido en iguales términos que el acto jurídico de la teoría francesa —y lo dividió en dos categorías: acto jurídico *stricto sensu* y negocio jurídico.

---

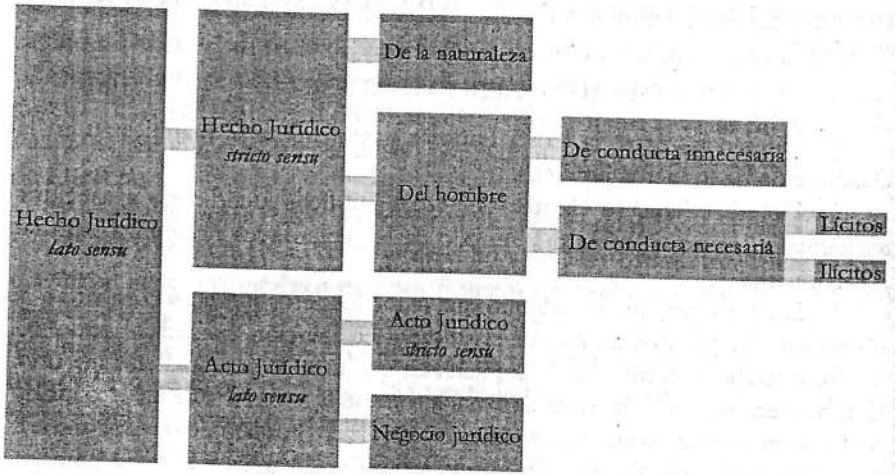
[8] RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA, COHEN CHICUREL, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 29.

El acto jurídico *stricto sensu* es un acontecimiento voluntario encaminado a producir consecuencias de Derecho y que las produce precisamente por la voluntad, sin que los particulares puedan regularlas por estar preestablecidas en Ley. El reconocimiento de hijos constituye un ejemplo de acto jurídico en sentido estricto: la voluntad de quien reconoce es lo que actualiza la hipótesis normativa y lo que *precisamente* produce las consecuencias jurídicas, sin embargo, el autor del acto no puede modular los efectos del reconocimiento, ya que están predeterminados en la Ley. Una persona no puede, al reconocer un hijo, elegir cuáles consecuencias se producirán y cuáles no. Por ejemplo, quien reconoce no puede decidir que los derechos que confiere la patria potestad se hagan exigibles, pero no la obligación alimentaria en favor del hijo.

El negocio jurídico es un acontecimiento voluntario encaminado a producir consecuencias de Derecho y que las produce precisamente por la voluntad, estando facultados los particulares para regularlas. Mientras que con el acto jurídico *stricto sensu* los particulares solo pueden decidir si lo realizan o no, con el negocio jurídico también pueden regular las consecuencias que producirá.[9]

El contrato es un claro ejemplo de negocio jurídico. Las partes no solo pueden decidir si lo celebran o no, sino que también pueden modular los efectos jurídicos que producirá. Verbigracia, los contratantes pueden imponer algún término o condición, pactar una cláusula penal o elegir que se generen obligaciones distintas o adicionales a las previstas por la Ley.

Esquemáticamente la clasificación de los hechos jurídicos de la teoría alemana puede representarse de la siguiente manera:



[9] *Cfr.* VON THUR, *op. cit.*, p. 101.

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS POR SUS CUALIDADES ACCIDENTALES

A. ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES

Generalmente se afirma que los actos jurídicos unilaterales son los que requieren la manifestación de voluntad de una sola persona para originarse.[10] Como ejemplos de estos actos comúnmente se citan el testamento y la oferta al público.

Sin embargo, algunos autores han rechazado la definición indicada y han concluido que la esencia del acto jurídico unilateral radica en que la voluntad de una o más personas se encamine en un mismo sentido y no en que sean otorgados por una sola persona.[11] Consecuentemente, en opinión de estos civilistas el acto jurídico unilateral es el que requiere la manifestación de voluntad de una o más personas *en un mismo sentido.*

Consideramos correcta la segunda postura y opinamos que puede sustentarse en la composición misma de la palabra unilateral, que resulta de la unión de dos vocablos: *uni*, que significa uno; y *lateral*, que significa lado. Unilateral evoca la idea de algo con un solo lado. En el acto jurídico unilateral hay un solo centro de interés, un "único lado", independientemente de cuántas personas lo integren.

Los actos jurídicos unilaterales pueden ser otorgados por una o más personas. Si son otorgados por una sola pueden denominarse unilaterales-unipersonales. Si son otorgados por dos o más pueden denominarse unilaterales-pluripersonales.

Ejemplo de un acto jurídico unilateral-unipersonal es el testamento. Ejemplo de un acto jurídico que puede ser tanto unilateral-unipersonal como unilateral-pluripersonal es la oferta al público.

En la terminología jurídica se procura denominar al o a los participantes del acto jurídico unilateral como autor o autores y no como parte o partes, respectivamente, ya que lo que solo tiene un lado carece de partes. A su vez, se dice que quien o quienes manifiestan su voluntad *otorgan* un acto jurídico y no lo *celebran*, ya que la palabra celebración se reserva para la realización de actos jurídicos bilaterales y plurilaterales.

[10] En este sentido PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 40; BONNECASE, *op. cit.*, pp. 795 y 796; MARTÍNEZ ÁLFARO, *op. cit.*, p. 18; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 29 y 36; BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 85 y DE LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis, *De las obligaciones*, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009, p. 28.

[11] En este sentido GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 110; ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, pp. 103-105.

B. Acto jurídico bilateral

Son actos jurídicos bilaterales los que requieren la manifestación de voluntad de dos o más personas en sentido opuesto.

En el acto jurídico bilateral hay dos "lados", es decir, dos centros de interés opuestos entre sí. Los contratos y los convenios son las dos principales especies de actos jurídicos bilaterales, cuyos conceptos serán analizados en el capítulo siguiente.

El contrato de compraventa ejemplifica con claridad la noción de acto jurídico bilateral. En dicho contrato hay dos partes con intereses opuestos: el comprador, a quien le interesa adquirir la propiedad; y el vendedor, a quien le interesa transmitirla y recibir el precio.

Quienes participan en el acto jurídico bilateral reciben el nombre de partes. Cada parte puede integrarse por una o más personas. Por ejemplo, tres copropietarios pueden formar la parte vendedora y dos individuos la compradora. En dicho supuesto siguen habiendo dos lados, dos centros de interés, aunque cada uno tenga pluralidad de integrantes.

C. Acto jurídico plurilateral

Son actos jurídicos plurilaterales los que requieren la manifestación de voluntad de tres o más personas en sentido divergente.

En el acto jurídico plurilateral hay tres o más "lados", es decir, tres o más centros de interés distintos entre sí. Cada lado puede configurarse por una o más personas.

La noción de acto jurídico plurilateral no ha sido unánimemente adoptada por la Doctrina y es común que los autores formulen conceptos diferentes unos de otros.[12]

Un ejemplo de acto jurídico plurilateral es la cesión de deuda, que requiere el consentimiento del deudor, del acreedor y del cesionario. Cada uno constituye una parte, un centro de interés distinto.

[12] *Cfr.* Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 110; Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 104 y Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho Civil: Parte General*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1986, p. 247.

Capítulo Sexto

CONCEPTO DE CONTRATO

I. INTRODUCCIÓN

Durante siglos el contrato ha sido considerado la principal fuente de obligaciones, por lo que es de suma importancia tener un concepto claro de él. El concepto de contrato permite identificar qué figuras poseen su esencia, y por tanto, están sometidas a su régimen jurídico.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

En el Derecho Romano se distinguió entre convenio, contrato y pacto.

B. Código Napoleón

El Código Napoleón concibió al convenio como un género y al contrato como una de sus especies, de modo similar al Derecho Romano. Al contrato lo definió como "un convenio por el cual una o más personas se obligan para con otra u otras a dar, a hacer o no hacer alguna cosa" (artículo 1101).

C. Código Civil de 1884

El Código Civil de 1884 definió al contrato como un "convenio por el que dos o más personas se trasfieren algún derecho o contraen alguna obligación" (artículo 1272).

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

El Código Civil alemán ubicó al contrato como una especie de negocio jurídico y no de convenio, manifestando una técnica más depurada que la de sus antecesores.

III. CONCEPTO LEGAL DE CONTRATO

El Código Civil vigente siguió la tradición romana y francesa que distingue entre convenio y contrato, por lo que es necesario analizar ambos conceptos.

A. CONVENIO *LATO SENSU*

El Código Civil define al convenio de la siguiente manera:

> ART. 1792.—Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El texto del artículo citado ha sido criticado por la Doctrina, principalmente por tres razones:

a) UTILIZACIÓN DE LA PALABRA PERSONAS EN LUGAR DE PARTES

El artículo 1792 define al convenio como el acuerdo de dos o más personas, cuando lo correcto hubiese sido definirlo como el acuerdo entre dos partes. En el capítulo anterior mencionamos que los actos jurídicos pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales en función del número de "lados" o centros de interés que los conforman y no en virtud del número de personas que los celebran. Lo esencial del convenio es que existan dos centros de interés o partes y no que lo celebren dos o más personas.

b) CREACIÓN, TRANSMISIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN COMO ÚNICOS EFECTOS JURÍDICOS DEL CONVENIO

La segunda crítica versa sobre el número de efectos jurídicos que puede producir el convenio. Conforme al artículo 1792 el convenio solo puede dar lugar a cuatro efectos: crear, transferir, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Algunos autores sostienen que el listado es insuficiente, ya que, según afirman, el convenio puede producir efectos adicionales a los enunciados, como la conservación de derechos[1] y la creación de personas morales (artículo 25 ff. III y VI).

[1] *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 159-162; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Convenio y Contrato. Replanteamiento sobre sus respectivos conceptos en el Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 96-98; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Contratos*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002, p. 16 y RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mischel, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 227.

c) OMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES COMO OBJETO INDIRECTO DEL CONVENIO

La tercera crítica que se dirige contra la redacción del artículo 1792 consiste en que únicamente considera a las obligaciones o derechos de crédito como objeto indirecto del convenio, omitiendo a los derechos reales. Este aspecto será analizado en el apartado siguiente, sin embargo, por el momento basta tener presente que atendiendo a una interpretación armónica del Código Civil, es innegable que el convenio también puede tener por objeto indirecto derechos reales.

B. CONTRATO

El Código Civil define al contrato como sigue:

> ART. 1793.—Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

La generalidad de la Doctrina ha interpretado que el artículo trascrito admite una relación género-especie entre convenio y contrato. Mientras que el convenio en sentido amplio es un género que designa el acuerdo de voluntades que crea, transfiere, modifica o extingue obligaciones, el contrato es una especie que únicamente las crea y las transfiere.[2]

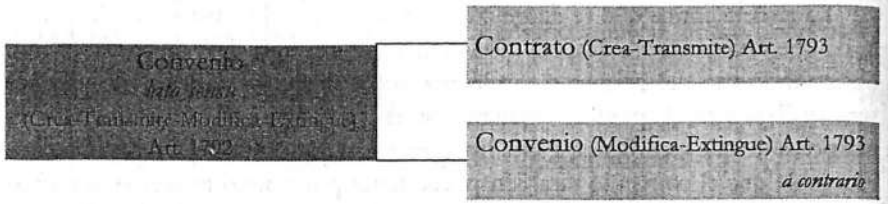
C. CONVENIO *STRICTO SENSU*

El artículo 1792 establece que el convenio en sentido amplio puede producir cuatro efectos jurídicos: crear, transferir, modificar y extinguir obligaciones. El artículo 1793 dispone que el contrato es la especie de convenio que crea y transmite obligaciones. Falta determinar cuál es la especie de convenio que tiene por objeto los dos efectos jurídicos que no son materia del contrato, es decir, la modificación y la extinción de obligaciones.

La Doctrina ha denominado convenio *stricto sensu* a la especie de convenio *lato sensu* que tiene por objeto los efectos mencionados y lo ha definido como el acuerdo de voluntades que modifica o extingue obligaciones. Sobre la posibilidad de que el convenio en sentido estricto modifique o extinga derechos reales remitimos a lo comentado en el apartado anterior.

[2] Opinión en contrario es la de DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *cfr. Convenio y Contrato...*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

Esquemáticamente la clasificación legal del convenio en sentido amplio puede representarse como sigue:



D. Consideraciones sobre la utilidad de la distinción legal entre convenio *lato sensu*, contrato y convenio *stricto sensu*

En otra ocasión[3] mencionamos que la importancia de clasificar en el ámbito jurídico reside en atribuir regímenes normativos distintos a cada categoría. El Derecho está saturado de clasificaciones, sin embargo, todas estarán justificadas en razón y medida de que las diversas figuras estén sujetas a reglas distintas.

La clasificación legal de los convenios en contratos y en convenios en sentido estricto no cumple con el requisito indicado, es decir, no permite asignar normas distintas a cada categoría de manera sistemática y general. Lo anterior resulta de la siguiente disposición:

> Art. 1859.—Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

El artículo trascrito puede criticarse por dos razones:

La primera, porque contraviniendo toda lógica ordena la aplicación de las reglas de la especie —contrato— a los géneros —convenio y acto jurídico—. Precisamente la ventaja de distinguir entre género y especie es saber que la última compartirá las notas esenciales del primero y no a la inversa. En su caso, lo correcto hubiese sido que el Código Civil regulara el acto jurídico como género supremo y ordenara que sus disposiciones sean aplicables a los convenios y a los contratos, mientras no hubiere regla especial.

La segunda crítica consiste en que el artículo 1859 inutiliza cualquier esfuerzo por distinguir entre convenio en sentido amplio, contrato y convenio en sentido estricto. Al estar todos sometidos a las mismas reglas, carece de sentido distinguirlos.

---

[3] Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 11.

IV. Concepto doctrinal de contrato

A. Opinión de diversos autores

Un sector de la Doctrina mexicana acoge las definiciones legales de convenio *lato sensu*, contrato y convenio *stricto sensu*, sin modificarlas ni añadirles algo.[4] Otros autores definen las categorías indicadas en consideración a ideas sostenidas por ellos o desarrolladas en otros ámbitos de la Doctrina.[5]

Zamora y Valencia realiza una exposición que resulta de gran interés, ya que sostiene que la palabra contrato tiene tres acepciones: contrato como acto jurídico, como norma jurídica y como documento en que se plasma un acuerdo de voluntades.[6]

B. Opinión personal

Siguiendo el principio que ordena que toda definición debe ser breve y delimitar con precisión la esencia de lo definido, afirmamos que contrato puede definirse como "negocio jurídico bilateral".

Consideramos que la fórmula propuesta, aunque sucinta, agota con amplitud la idea de contrato. A continuación analizaremos sus elementos.

- Negocio jurídico

El contrato es un negocio jurídico, es decir, un acontecimiento voluntario encaminado a producir consecuencias de Derecho y que las produce precisamente por la voluntad, estando facultados los particulares para regularlas.

Vincular la idea de contrato con la de negocio jurídico de la Doctrina alemana tiene sentido. En el capítulo anterior mencionamos que conforme a la teoría alemana sobre la clasificación de los hechos jurídicos, la distinción entre acto jurídico *stricto sensu* y negocio jurídico radica en que el primero solo permite a los particulares determinar si le dan o no existencia, mientras que el segundo también los autoriza a regular sus efectos. El contrato es el negocio jurídico por antonomasia, los particulares no solo pueden decidir si lo celebran o no, sino que también gozan de una extensa libertad para reglamentar sus consecuencias.

---

[4] Así sucede con Borja Soriano, *op. cit.*, p. 112; De la Peza Muñoz Cano, *op. cit.*, p. 29; Martínez Alfaro, *op. cit.*, pp. 18 y 19, y Bejarano Sánchez, *op. cit.* p. 29, por citar algunos.

[5] *Cfr.* Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 159-163 y Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría de las Obligaciones*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, p. 35.

[6] Zamora y Valencia, *op. cit.*, pp. 6-11.

La libertad a que nos referimos en el párrafo anterior se denomina "autonomía de la voluntad" y su omnipresencia en el ámbito contractual es lo que da sustento al aforismo "la suprema Ley de los contratos es la voluntad de las partes". El fundamento y límites de la autonomía de la voluntad se encuentran previstos en los siguientes artículos:

> ART. 6.—La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

> ART. 1839.—Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

La utilización del concepto "negocio jurídico" aporta otra ventaja: no limita los efectos jurídicos que puede producir, haciéndolo inmune a las críticas y reflexiones que se han dirigido contra la Ley por haber dispuesto que el convenio *lato sensu* solo crea, transmite, modifica o extingue obligaciones. Todas las consecuencias jurídicas que pueden emanar precisamente de la voluntad están comprendidas en la idea de negocio jurídico.

- Bilateral

El contrato es un negocio jurídico bilateral, a nuestro juicio, el único negocio jurídico bilateral. El adjetivo "bilateral" evoca la idea de dos partes con intereses opuestos y entre las que debe haber un acuerdo de voluntades.[7]

Si bien tanto la Ley como algunos autores dividen los negocios jurídicos bilaterales en contratos y convenios, consideramos que cualquier distinción carece de sentido, atendiendo a que el artículo 1859 del Código Civil ordena la aplicación de las reglas sobre contratos a los convenios y a otros actos jurídicos, según explicamos anteriormente.

En consecuencia, opinamos que debe abandonarse la citada distinción para conceptualizar al contrato como el único negocio jurídico bilateral.

[7] Algunos autores denominan a los actos jurídicos que tienen tres o más "lados" como "actos jurídicos plurilaterales", mientras que otros utilizan la palabra "contrato" para designar indistintamente a cualquier acto jurídico integrado por más de un centro de interés.

CAPÍTULO SÉPTIMO

INTRODUCCIÓN A LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

I. INTRODUCCIÓN

Los elementos del contrato son los factores que lo dotan de esencia y de validez. Su estudio es de suma importancia, ya que lo previsto respecto del contrato rige para cualquier acto jurídico, según explicamos en el capítulo anterior.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los romanos no formularon directrices generales sobre los elementos de los contratos.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Civil francés enumeró cuatro elementos de los contratos: el consentimiento, la capacidad para contratar, el objeto y una causa lícita para obligarse (artículo 1108).

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Dispuso que los elementos de los contratos también eran cuatro: la capacidad para contratar, el mutuo consentimiento, la licitud en el objeto del contrato y el cumplimiento de formalidades (art. 1279).

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

A diferencia del Código Napoleón, el germano no prevé un artículo que enumere los elementos del contrato.

III. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL

El Código Civil agrupa los componentes del contrato en dos categorías: elementos esenciales y requisitos de validez. Esta diferenciación constituye una aportación del legislador de 1928 que lo separa de su antecesor de 1884 y del francés, quienes en un mismo artículo enunciaron todos los elementos sin distinguir entre unos y otros.

A. Elementos esenciales

El Código Civil dispone que todo contrato debe tener los siguientes elementos esenciales:

> Art. 1794.—Para la existencia del contrato se requiere:
> I. Consentimiento;
> II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Conforme a la norma citada los elementos esenciales del contrato son dos: el consentimiento y el objeto.

El estudio de estos elementos lo realizaremos en capítulos siguientes, sin embargo, desde ahora corresponde analizar tres aspectos: la diferencia entre esencia y existencia, la distinción entre consentimiento y voluntad y la omisión de la solemnidad como elemento esencial.

a) Diferencia entre esencia y existencia

El legislador designó elementos de "existencia" a los que consideramos elementos esenciales de los contratos.

En la filosofía Aristotélico-Tomista la diferencia entre esencia y existencia es de suma relevancia: la primera designa aquello por lo que algo es una cosa y no otra, la segunda determina el ser.[1]

Los elementos enunciados por el artículo 1794 antes citado son de esencia y no de existencia, son aquello por lo que el contrato es lo que es.

b) Distinción entre consentimiento y voluntad

Para que haya acto jurídico es necesaria una manifestación de voluntad. El acuerdo de dos o más voluntades se denomina consentimiento.

[1] De Aquino, Tomás, *De ente et essentia. Proemio y Summa contra Gentiles*, C. XXII, Párr. 4 y 6.

Es importante aclarar que mientras el consentimiento es elemento esencial de todos los contratos, no lo es de todos los actos jurídicos. Los actos jurídicos unilaterales-unipersonales requieren de voluntad y no de consentimiento, es decir, surgen al mundo jurídico por la acción volitiva de una sola persona y no de dos o más. Consecuentemente, si el numeral 1794 hubiere establecido los elementos del acto jurídico —y no del contrato— hubiere sido necesario que aludiera a la *voluntad* o consentimiento, según corresponda.

c) Omisión de la solemnidad como elemento esencial

Las solemnidades son los requisitos de forma que la Ley exige para que haya acto jurídico. Es la forma elevada a elemento de esencia, de manera que si no se observa, no hay acto jurídico.

Algunos juristas afirman que el listado del artículo 1794 debió incluir una fracción más que dispusiera que la solemnidad es elemento esencial en algunos casos. Otros sostienen que fue acertada su omisión, ya que dicho numeral enumera los elementos esenciales *de los contratos*, y según la opinión dominante, actualmente no existen contratos solemnes.

B. Requisitos de validez

Los requisitos de validez del contrato se encuentran previstos en la siguiente disposición:

> Art. 1795.—El contrato puede ser invalidado:
> I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
> II. Por vicios del consentimiento;
> III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
> IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

La Doctrina ha criticado persistentemente la redacción del numeral trascrito, ya que en lugar de establecer cuáles son los requisitos de validez del contrato, enuncia negativamente los supuestos en que "puede ser invalidado".

La interpretación *a contrario* del artículo 1795 permite conocer, en términos positivos, que los requisitos de validez son cuatro: la capacidad de ejercicio de los contratantes, la ausencia de vicios del consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la manifestación del consentimiento en la forma que la Ley establece.

PRIMERA PARTE

ELEMENTOS ESENCIALES

CAPÍTULO OCTAVO

CONSENTIMIENTO

I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento es el primer elemento esencial del contrato.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano el consentimiento fue elemento esencial de todos los contratos.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

En su artículo 1108 enunció el consentimiento como la primera condición esencial para la validez del contrato.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Al igual que su antecesor francés conceptualizó al consentimiento como elemento de los contratos (artículo 1279).

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

No dispone en parágrafo alguno que el consentimiento sea elemento esencial de los contratos, sin embargo, la Doctrina así lo entiende.[1]

---

[1] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *op. cit.*, t. 1, v. 2, pp. 91 y 152.

III. CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO

En el ámbito jurídico la palabra consentimiento tiene dos acepciones: acuerdo de voluntades y asentimiento.

A. Acuerdo de voluntades

La primera acepción de consentimiento es acuerdo de voluntades.

La Doctrina ha sido enfática al señalar que consentimiento no es solo manifestación de dos o más voluntades, sino que comprende también el acuerdo entre éstas, es decir, su convergencia hacia un mismo fin.[2]

La idea de acuerdo se encuentra claramente reflejada en el pensamiento de Martínez Alfaro, quien alude a la complementación recíproca de voluntades: "El consentimiento es un elemento de naturaleza psicológica que consiste en el encuentro de dos voluntades *que se complementan recíprocamente para alcanzar un fin que les es común*".[3]

Quizá la expresión más elocuente del significado de consentimiento, en su acepción de acuerdo de voluntades, provenga de la etimología de dicho término: "De *sentire cum* —sostiene Castán Tobeñas—, querer la misma cosa, significa tanto como acuerdo de voluntades".[4]

En síntesis, la primera acepción de consentimiento designa la manifestación de dos o más voluntades que se unen para la realización de un mismo fin. En el caso que nos ocupa, el fin perseguido es la celebración del contrato y la consecución de sus efectos jurídicos.

B. Asentimiento

Parte de la Doctrina señala que consentir también significa aceptar o asentir.

El acuerdo de voluntades se forma cuando una persona realiza una oferta y otra la acepta, aspecto que analizaremos más adelante. La palabra consentimiento, en su acepción de asentimiento, designa la aceptación de la oferta.[5]

---

[2] *Cfr.* Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 272.

[3] Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 25.

[4] Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t.1, v. 2. 11ª ed., Reus, Madrid, 1971, p. 449.

[5] El uso de la palabra consentimiento como sinónimo de asentimiento puede apreciarse en frases como "Juan consintió determinadas cláusulas del contrato" o "Pedro dio su consentimiento para generar un efecto jurídico". Algunos autores han denominado a esta acepción "consentimiento en sentido restringido". *Cfr.* Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil: Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003, p. 527.

Debe aclararse que cuando el legislador se refirió al consentimiento como elemento esencial de los contratos, utilizó la primera acepción del vocablo, es decir, acuerdo de voluntades.

IV. MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

A. Modos o maneras de manifestar el consentimiento

Para que el acuerdo de voluntades produzca consecuencias de Derecho es necesario que se manifieste, es decir, que trascienda al exterior. La manifestación puede ser expresa o tácita:

> Art. 1803.—El consentimiento puede ser expreso o tácito...

a) Manifestación expresa

La manifestación expresa del consentimiento tiene lugar en los siguientes supuestos:

> Art. 1803.—El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos...

Conforme a la disposición trascrita el consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

La manifestación verbal tiene lugar cuando las partes exteriorizan su voluntad oralmente, es decir, mediante el uso del lenguaje hablado.

La manifestación escrita se verifica cuando las partes plasman su voluntad en un documento utilizando los caracteres del lenguaje y sus firmas o huellas digitales.

La manifestación por signos inequívocos ocurre cuando se utilizan sonidos, gestos o ademanes que solo pueden interpretarse en un sentido.[6]

Para que haya consentimiento expreso basta con que las partes manifiesten su voluntad de alguna de las maneras enunciadas por la Ley, sin que sea necesario que ambas observen la misma. Verbigracia, habrá consentimiento expreso si una parte exterioriza su voluntad verbalmente y la otra responde por escrito o por signos inequívocos.

---

[6] El ejemplo más común es el movimiento de cabeza de arriba a abajo para exteriorizar aceptación y de derecha a izquierda para externar negación.

b) MANIFESTACIÓN TÁCITA

La manifestación tácita del consentimiento se verifica en los siguientes casos:

> ART. 1803.—El consentimiento puede ser expreso o tácito... El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Conforme al artículo anotado el consentimiento se manifiesta de manera tácita cuando se ejecutan hechos o actos que lo presuponen o que autorizan a presumirlo.

El Código Civil menciona que tanto los hechos como los actos pueden constituir manifestaciones tácitas de voluntad.

Ejemplo de un hecho representativo de voluntad tácita es el abandono de derechos, que presupone la renuncia a la prescripción ganada (artículo 1142). Ejemplo de un acto constitutivo de voluntad tácita es la donación realizada por quienes ejercen la patria potestad en favor de los cónyuges menores de edad que contrajeron nupcias sin su autorización, que hace presumir la aceptación de la unión conyugal (artículo 239 f. II).

En materia contractual pueden citarse pluralidad de ejemplos en que las partes manifiestan su voluntad de manera tácita. Piénsese en la persona que toma un periódico de un puesto y entrega su precio sin cruzar palabra con el encargado, supuesto en que tiene lugar la celebración de una compraventa.

Pareciera que no hay distinción entre el consentimiento manifestado por signos inequívocos y el exteriorizado tácitamente, sin embargo, cualquier confusión queda superada si se recuerda que los signos inequívocos solo pueden interpretarse en un sentido —de ahí que sean *inequívocos*—, mientras que los hechos o actos que exteriorizan la voluntad tácita pueden admitir diversas interpretaciones.

B. SILENCIO

La Doctrina ha debatido largamente sobre las consecuencias del silencio en el ámbito de los actos jurídicos. La pregunta a responder es si la abstención de una persona puede ser suficiente para hacerla partícipe de actos o negocios jurídicos.

El Código Civil no prevé disposiciones generales sobre el silencio.

Bejarano Sánchez considera que no produce efecto alguno en materia contractual.[7]

[7] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

De la Peza sostiene que por regla general no produce consecuencia alguna y que en la Teoría General de las Obligaciones no existen excepciones a esta regla.[8]

Gutiérrez y González opina que el silencio produce efectos de Derecho cuando el legislador así lo determina.[9]

Por nuestra parte consideramos que el silencio puede manifestar tácitamente el consentimiento si se espera una respuesta de la persona que lo guarda.[10]

Si bien el silencio puede ser un modo tácito de manifestar la voluntad, reconocemos que puede dar lugar a un sinnúmero de interpretaciones igualmente fundadas, por lo que consideramos que *solo debe producir efectos en los supuestos que la Ley o las partes indiquen.*[11]

V. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

En esta sección distinguiremos entre la formación de la voluntad y la formación del consentimiento y concluiremos con un apartado sobre contratación por medios electrónicos.

A. FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD

Cada una de las voluntades que integran el consentimiento sigue un proceso de formación individual. El jurista francés León Duguit[12] distingue cuatro momentos del acto voluntario: concepción, deliberación, decisión y ejecución.

En la fase de concepción el sujeto visualiza mentalmente ideas sin emitir juicio alguno. Solo enuncia las posibilidades de su actuar o de su no actuar.

Después de la concepción sigue la deliberación, el momento en que la persona valora las diferentes opciones generadas durante la concepción.

El tercer momento en la formación de la voluntad es la decisión. Constituye el punto en que el individuo termina de sopesar las distintas opciones y elige una.

[8] DE LA PEZA, *op. cit.*, p. 34.

[9] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 203.

[10] Por ejemplo, si un hijo toma las llaves del automóvil de su padre en presencia de éste, es razonable esperar una respuesta del último; si solo reacciona guardando silencio, puede interpretarse que aceptaba o toleraba la acción de su descendiente. En cualquier caso, la conducta pasiva del sujeto fue capaz de exteriorizar su pensamiento.

[11] La Ley atribuye efectos jurídicos al silencio en un número considerable de casos, en ocasiones le imputa efectos de aceptación y en otros de negación. Ejemplos: Artículos 1669 y 2487 del Código Civil para el Distrito Federal, artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículo 89 de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Distrito Federal y artículo 54 del Código Fiscal del Distrito Federal.

[12] DUGUIT, León, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Cultura, México, 1922, pp. 5-10.

La cuarta fase es la ejecución, el momento en que la persona realiza un movimiento corporal para llevar a cabo lo resuelto en la fase de decisión. Desde el punto de vista legal la etapa de ejecución equivale a la manifestación del consentimiento.

Debe aclararse que si bien la ejecución es un momento del acto voluntario, *no es una etapa de formación de la voluntad*, ya que para que pueda haber exteriorización antes debe haber voluntad. Coincidimos con Duguit en que la voluntad se forma al finalizar el tercer momento, es decir, a partir de que la persona decide.

B. Formación del consentimiento

Todo consentimiento, entendido como acuerdo de voluntades, se forma por la conjunción de dos elementos: oferta y aceptación. Cada una de las voluntades que intervienen en la oferta o en la aceptación sigue el proceso de formación desarrollado en el apartado anterior.

El Código Civil prevé reglas distintas sobre la formación del consentimiento atendiendo a si las partes están o no en posibilidad de mantener comunicación inmediata.

Algunos autores se refieren a estas posibilidades como formación del consentimiento entre presentes y ausentes, respectivamente, lo que es incorrecto, ya que la palabra "ausente" designa a la persona de cuya existencia se duda por la falta prolongada de noticias.[13]

Otros civilistas aluden a formación del consentimiento entre presentes y no presentes. Aunque su terminología aventaja la expresada en el párrafo anterior, es inexacta debido a que en ocasiones las reglas sobre contratación entre presentes son aplicables a quienes no concurren en el mismo sitio —es decir, a quienes "no están presentes"—, pero que pueden comunicarse de manera inmediata. En páginas siguientes acreditaremos esta afirmación.

Estimamos que la terminología más adecuada es la de partes con posibilidad de mantener comunicación inmediata y partes que carecen de ella.

a) Formación del consentimiento entre partes con posibilidad de mantener comunicación inmediata

Con relación a la integración del consentimiento entre quienes pueden comunicarse de forma inmediata deben analizarse dos aspectos: cuánto tiempo tiene el destinatario de la oferta para aceptarla y cómo debe aceptarla.

[13] Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 278.

1. *Tiempo para aceptar la oferta*

Una vez que el oferente formula su oferta, el destinatario tiene un tiempo límite para aceptarla. El Código Civil distingue dos hipótesis: que el autor de la oferta haya señalado un plazo o que no lo haya hecho.

Si el oferente fijó un plazo es aplicable lo siguiente:

> Art. 1804.—Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

La norma citada sigue el principio existente en materia de obligaciones sujetas a término extintivo: una vez cumplido, el deudor queda liberado de su obligación.

Si el oferente no fijó un plazo, debe observarse lo siguiente:

> Art. 1805.—Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono.

Conforme al artículo trascrito, cuando la oferta no indique un plazo el destinatario debe aceptarla inmediatamente, ya que de lo contrario su autor quedará "desligado".

Se ha debatido intensamente acerca de qué significa que el destinatario deba aceptar la oferta "inmediatamente". El Diccionario de la Real Academia define esta palabra como "ahora, al punto, al instante", por lo que podría interpretarse que el destinatario debe manifestar su asentimiento un "instante" después de recibir la oferta, sin embargo, ¿cuánto dura un instante? ¿Un segundo? ¿Diez segundos? Además, el Código Civil no resuelve qué sucede si el destinatario no puede comunicar su decisión de forma inmediata por causas que no le sean imputables.[14] Estas y otras interrogantes derivadas de la palabra "inmediatamente" deben ser resueltas por el juzgador.

En nuestra opinión sería más conveniente que la Ley fijara un plazo supletorio ante la omisión del oferente, como pudiera ser una hora o un día.

La parte final del artículo 1805 dispone que "la misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono", lo que demuestra que la diferencia de regímenes en materia de formación del consentimiento atiende a si las partes entablan o no comunicación inmediata y no a si se encuentran en el mismo lugar. La contra-

[14] Por ejemplo, si después de formular su oferta el autor recibe una llamada telefónica y el destinatario espera a que concluya ¿la aceptación que en su caso manifieste será inmediata?

tación por vía telefónica es una innovación del legislador de 1928, quien siguió el criterio previsto por el *BGB*. Más adelante volveremos sobre ella.

2. *Modo de la aceptación*

El Código Civil dispone que la aceptación debe formularse en los siguientes términos:

> ART. 1810.—El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe, modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores.

De acuerdo con el numeral trascrito el destinatario debe aceptar lisa y llanamente la oferta, es decir, con un claro y decidido "sí". En caso de que la respuesta no sea una aceptación lisa y llana, sino que modifique la oferta, el oferente quedará liberado y la propuesta del destinatario se considerará una nueva oferta.

b) FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ENTRE PERSONAS SIN POSIBILIDAD DE MANTENER COMUNICACIÓN INMEDIATA

En este inciso desarrollaremos cinco aspectos: cuánto tiempo tiene el destinatario para aceptar la oferta, de qué modo debe aceptarla, en qué momento se forma el consentimiento, qué sucede si el oferente fallece antes de la aceptación y la posibilidad de que cualquiera de las partes se retracte.

1. *Tiempo para aceptar la oferta*

En la contratación entre quienes no pueden comunicarse de manera inmediata el destinatario de la oferta también tiene un tiempo límite para aceptarla.

En caso de que el oferente haya señalado un plazo quedará obligado hasta su expiración conforme al artículo 1804 estudiado anteriormente.

Si el autor de la oferta no hubiere fijado un plazo será aplicable lo siguiente:

> ART. 1806.—Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.

Conforme a la disposición citada el autor de la oferta debe sostenerla por tres días, en adición al tiempo necesario para la ida y vuelta del correo público o el que se juzgue bastante a falta de él. Se trata de un plazo indeterminado pero determinable, que no permite conocer de manera anticipada y con exactitud durante cuánto tiempo subsistirá la obligación.

Concluimos que siempre es más conveniente fijar un plazo.

2. *Modo de la aceptación*

La aceptación de la oferta debe ser lisa y llana, conforme a lo ordenado por el artículo 1810 estudiado anteriormente. En caso de que la respuesta del destinatario modifique la oferta, el oferente quedará liberado y la respuesta se considerará una nueva oferta.

3. *Momento en que se forma el consentimiento*

En la contratación entre partes que no pueden comunicarse de manera inmediata es necesario determinar cuándo se forma el consentimiento. La determinación de este momento es de suma relevancia, ya que permite conocer desde cuándo hay contrato y cuál es la Ley que supletoriamente lo rige.

- Criterios doctrinales sobre el momento en que se forma el consentimiento

En Doctrina existen cuatro teorías sobre el momento en que se forma el consentimiento.

La teoría de la *declaración* sostiene que hay acuerdo de voluntades desde que el destinatario exterioriza su aceptación, independientemente de que haya o no ejecutado las conductas que permitirán conocerla al oferente.

La teoría de la *expedición* afirma que el consentimiento se forma desde que el destinatario envía su aceptación al oferente, aunque el último no la haya recibido.

La teoría de la *recepción* considera que el consentimiento se forma desde que el oferente recibe la aceptación, aunque aún no la conozca.

La teoría de la *información* determina que el consentimiento se forma al momento en que el oferente conoce la aceptación.

- Criterio seguido por el Código Civil

El Código Civil adopta la teoría de la recepción:

> ART. 1807.—El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes.

4. *Fallecimiento del oferente*

Si el autor de la oferta fallece antes de la aceptación es aplicable el siguiente artículo:

> ART. 1809.—Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquel obligados a sostener el contrato.

La interpretación *a contrario* de la norma citada permite afirmar que ante la muerte del oferente existen dos escenarios: que el destinatario acepte la oferta sin saber del deceso, en cuyo caso los herederos del oferente deberán sostenerla; o que el destinatario acepte la oferta conociendo la defunción, en cuyo caso los herederos quedarán liberados.

A nuestro juicio los herederos deberían quedar obligados a sostener la oferta independientemente de que el destinatario, al momento de aceptar, fuera o no sabedor de la muerte del oferente, ya que es una solución más afín con los principios que rigen la materia sucesoria.[15]

5. *Retractación*

En la contratación entre personas que no pueden comunicarse de forma inmediata es posible la retractación, es decir, que cualquiera de las partes retire su voluntad de celebrar el contrato.

Para que surta efectos la retractación es necesario que sea recibida antes que la oferta o la aceptación, según corresponda:

> ART. 1808.—La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación.

De iure condendo proponemos que la retractación también sea procedente si se cumplen dos requisitos: que el destinatario aún no haya aceptado la oferta y que el oferente no hubiera fijado un plazo para aceptarla. Fundamos nuestro criterio en que la Ley, al regular la contratación entre partes que pueden comunicarse de manera inmediata, dispone que si el oferente no señala un plazo, el destinatario debe aceptar inmediatamente. No es justificable que en un supuesto se exija una respuesta "inmediata" y en otro se concedan tres días para resolver. Para equilibrar ambas hipótesis proponemos la procedencia de la retractación mientras la oferta no haya sido aceptada.

C. CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

a) REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Código Civil fue promulgado en 1928 y en su momento fue vanguardista por regular la contratación a través de los medios eléctricos que existían

[15] Sin embargo, consideramos que la oferta debería quedar sin efecto si proponía la celebración de un contrato que habría de generar obligaciones de ejecución personalísima a cargo de su autor.

en la época: el teléfono y el telégrafo. Sin embargo, después de ocho décadas y de una revolución en materia de telecomunicaciones, el teléfono y el telégrafo siguen siendo los únicos medios regulados.

De acuerdo con el artículo 1805, anteriormente estudiado, la contratación por teléfono es considerada un supuesto de contratación "entre presentes" y no debe cumplir requisitos especiales para ser eficaz.

Por su parte, la contratación por telégrafo está sujeta a las siguientes reglas:

> ART. 1811.—La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

Conforme al artículo trascrito, para que el consentimiento pueda formarse a través del telégrafo es necesario que se cumplan dos requisitos: que los contratantes hubieran acordado anticipadamente y por escrito esta posibilidad y que los originales de los telegramas contengan sus firmas y los signos convencionales pactados por ellos.[16]

Algunos juristas opinan que el contenido de los numerales 1805 y 1811 debe abstraerse a efecto de distinguir dos tipos de contratación electrónica: la realizada a través de voz y la realizada a través de texto. La primera se fundamenta en el artículo 1805 y no requiere la observancia de requisitos especiales para llevarse a cabo. La segunda se fundamenta en el artículo 1811 y debe cumplir dos requisitos para ser eficaz: que las partes hubieren acordado de antemano y por escrito la posibilidad de contratar de esta manera y que sus comunicaciones contengan los signos convencionales que permitan identificarlas.[17]

A nuestro juicio la distinción indicada es incorrecta, ya que ni la contratación electrónica por voz ni la que se efectúa por texto —enviado por medios distintos al telégrafo— requieren la observancia de requisitos especiales. Las reglas sobre contratación por telégrafo tienen carácter excepcional, por lo que solo pueden aplicarse al supuesto expresamente previsto por la norma.[18]

[16] En la contratación por correspondencia no se exigen los requisitos enunciados debido a que cada parte recibe un escrito original de la otra, obteniendo cierta certeza de que la comunicación proviene de quien afirma enviarla. En contraste, en la contratación por telégrafo las partes reciben un telegrama y no un escrito original, lo que pudiera justificar la inclusión de los requisitos mencionados.

[17] *Cfr.* ROBLES FARÍAS, Diego, "La validez de los contratos celebrados por medios electrónicos", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 18, Sección de Doctrina, IIJ, UNAM-McGraw-Hill, México, 1995, p. 70.

[18] "ART. 11.—Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes."

Consideramos que solo debe distinguirse entre contratación electrónica inmediata y contratación electrónica mediata.

1. *Contratación electrónica inmediata*

La contratación electrónica inmediata tiene lugar cuando el acuerdo de voluntades se verifica a través de comunicación directa por teléfono, por videoconferencia, por VoIP, por cibercharla o "chat" o por cualquier otra interfase de comunicación en que los participantes esperen respuestas inmediatas de los interlocutores.

Son aplicables a este tipo de contratación las reglas de tiempo y modo estudiadas anteriormente.

2. *Contratación electrónica mediata*

La contratación electrónica mediata se verifica cuando el acuerdo de voluntades se forma por fax, por correo electrónico, por SMS, por buzón de voz o por otras interfases de comunicación en las que no se espera una respuesta inmediata.

Este tipo de contratación está sujeta a las reglas aplicables a la contratación entre partes que no pueden comunicarse de manera inmediata, sin embargo, debe mencionarse que la retractación difícilmente podrá actualizarse.

b) REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

En mayo de 2000 fueron reformados los artículos 1803, 1805 y 1811 del Código Civil Federal y fue adicionado el artículo 1834 bis. La reforma actualizó la regulación de la contratación por medios electrónicos en materias del orden federal.[19]

[19] Sobre los supuestos en que tiene lugar la aplicación del Código Civil Federal véase RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA y COHEN CHICUREL, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 109-112.

CAPÍTULO NOVENO

EL OBJETO DEL CONTRATO

I. INTRODUCCIÓN

El objeto es el segundo elemento esencial del contrato. Delimita su función y contenido y no debe confundirse con el de la obligación.

El estudio del objeto del contrato es de fundamental importancia, ya que permite distinguir un tipo contractual de otro. Por ejemplo, en virtud de su objeto sabemos que un contrato es compraventa y no permuta.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El desarrollo histórico del objeto del contrato puede consultarse en los capítulos tercero y sexto de este libro.

III. CONCEPTO Y REQUISITOS DEL OBJETO DEL CONTRATO

No existe unanimidad en la Doctrina acerca de cuál es el objeto del contrato.

Algunos autores afirman que el contrato no tiene objeto y que solo debe hablarse del objeto de la obligación.[1] Otros civilistas consideran que, cuando menos en el plano abstracto, el contrato sí tiene objeto y es distinto al de la obligación.[2]

Por nuestra parte consideramos que todo contrato tiene un objeto directo y otro indirecto.

[1] GAUDEMET, Eugène, *Teoría General de las Obligaciones*, 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010, p. 106. En igual sentido PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 828.

[2] BONNECASE, *op. cit.*, p. 805.

A. Objeto directo del contrato

a) Concepto de objeto directo del contrato

El objeto directo del contrato es su función productora de consecuencias jurídicas. Deriva de responder a la pregunta: ¿cuál es la finalidad abstracta de celebrar un contrato? La palabra objeto, en este caso, se utiliza en su acepción de objeto-fin.

Desde el punto de vista legal, el objeto directo del contrato es crear y transferir derechos y obligaciones. Un sector importante de la Doctrina está de acuerdo con este criterio.[3]

En nuestra opinión el objeto directo del contrato es producir consecuencias de Derecho, sin que se limiten a crear y transferir derechos y obligaciones, en congruencia con el concepto ofrecido en el capítulo sexto.

b) Requisito del objeto directo del contrato

El objeto directo del contrato solo debe satisfacer un requisito: ser posible desde el punto de vista jurídico.[4]

En ocasiones el objeto directo del contrato será imposible jurídicamente porque el objeto indirecto de la obligación lo sea. Por ejemplo, el hecho de que una persona se obligue a venderse un bien de su propiedad es jurídicamente imposible. Si una persona pretendiera hacerlo, la imposibilidad jurídica del objeto-hecho ocasionaría la imposibilidad jurídica del objeto directo del contrato. En síntesis: el contrato no puede producir obligaciones jurídicamente imposibles.

En otros supuestos el objeto directo del contrato será imposible por causas propias, como sucede cuando alguna de las partes carece de capacidad de goce o de legitimación para participar en las consecuencias de Derecho. Por ejemplo, los extranjeros carecen de legitimación para adquirir la propiedad de inmuebles ubicados en la zona prohibida (art. 27 f. I de la Constitución Federal), si pretendieran comprar uno, el contrato carecería de objeto ya que no transmitiría derechos reales. Una compraventa que no transmite derechos reales no es compraventa, carece de objeto directo.

---

[3] En este sentido Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 35; Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 35; Domínguez Martínez, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 60; Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 233; Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 138 y 139; Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 287. En otro sentido, Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 16 y Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 63.

[4] En el mismo sentido Martínez Alfaro, *op. cit.*, pp. 36 y 37; Domínguez Martínez, *Contratos*, *op. cit.*, pp. 63-65.

B. Objeto indirecto del contrato

a) Concepto de objeto indirecto del contrato

Existen tres opiniones dominantes sobre lo que constituye el objeto indirecto del contrato.

Rojina Villegas[5] y Martínez Alfaro[6] sostienen que el objeto indirecto del contrato es igual al objeto indirecto de la obligación, es decir, al objeto-bien, al objeto-hecho y al objeto-abstención. Esta opinión se fundamenta en el siguiente artículo:

> Art. 1824.—Son *objeto de los contratos*:
> I. La cosa que el obligado debe dar;
> II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Borja Soriano[7] y Gutiérrez y González[8] afirman que el objeto indirecto del contrato es igual al objeto directo de la obligación, es decir, a conductas de dar, hacer o no hacer.

Sánchez Medal[9] considera que por objeto indirecto del contrato puede entenderse tanto el objeto directo como el indirecto de la obligación.

En nuestra opinión debe adoptarse la primera doctrina, es decir, la que afirma que el objeto indirecto del contrato es igual al objeto indirecto de la obligación, ya que es la única que cuenta con un fundamento legal.

b) Requisitos del objeto indirecto del contrato

El objeto-bien debe cumplir los siguientes requisitos:

> Art. 1825.—La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.

El objeto-hecho y el objeto-abstención deben satisfacer lo siguiente:

> Art. 1827.—El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:
> I. Posible;
> II. Lícito.

---

[5] Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 287.

[6] Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 35.

[7] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 139.

[8] Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 233.

[9] Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 35.

SEGUNDA PARTE

REQUISITOS DE VALIDEZ

D-321123

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE MÉXICO
DERECHO

CAPÍTULO DÉCIMO

CAPACIDAD DE EJERCICIO

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la capacidad de ejercicio permite conocer quiénes pueden contratar personalmente y quiénes deben hacerlo a través de representante.

El presente capítulo será sucinto, ya que anteriormente profundizamos en este tema.[1]

II. CONCEPTO, ESPECIES Y LIMITACIONES A LA CAPACIDAD

A. CONCEPTO DE CAPACIDAD

La capacidad es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones, así como para ejercer los primeros y cumplir las segundas por derecho propio.

B. CAPACIDAD DE GOCE

La capacidad de goce es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones.

Por regla general las personas tienen capacidad de goce para ser titulares de todo tipo de derechos y de obligaciones (artículo 2). Las excepciones a la regla indicada deben fundarse en criterios razonables y no discriminatorios, acordes con el principio de igualdad jurídica previsto en la Constitución Federal (artículo 1°).

---

[1] Véase RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA y COHEN CHICUREL, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 228-242.

El Código Civil establece algunas excepciones a la capacidad general de goce al regular el matrimonio (artículo 148), el reconocimiento de hijos (artículo 361), la adopción (artículo 390) y el testamento (artículo 1306 ff. I y II).

C. Capacidad de ejercicio

La capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por derecho propio.

Toda persona tiene capacidad de ejercicio salvo que esté exceptuada por la ley:

> Art. 1798.—Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.[2]

Las limitaciones a la capacidad de ejercicio pueden ser generales o especiales: son generales las que impiden cualquier tipo de participación personal en el mundo jurídico, son especiales las que solo restringen algún tipo de participación.

a) Limitaciones generales a la capacidad de ejercicio

Las limitaciones generales a la capacidad de ejercicio son dos: la minoría de edad y el estado de interdicción:

> Art. 450.—Tienen incapacidad natural y legal:
>
> I. Los menores de edad;
>
> II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

1. *Minoría de edad*

Los menores de edad padecen una limitación general a la capacidad de ejercicio, lo que significa que solo pueden intervenir en el ámbito jurídico por conducto de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, salvo que la Ley autorice expresamente su actuación personal.

En materia Civil existen cinco supuestos en que los menores pueden actuar por su propio derecho: la celebración de matrimonio (artículo 148), el reconocimiento de hijos (artículo 361), el otorgamiento de testamento (artículo 1306), la celebración de actos que tengan por objeto bienes adquiridos por su trabajo (artículos 428 ff. I y II, 429 y 435) y la de actos que no puedan anularse por su incapacidad de ejercicio (artículos 639 y 640).

[2] El artículo 1798 no solo determina la capacidad para contratar, sino también la necesaria para otorgar o celebrar actos jurídicos en general, de conformidad con el artículo 1859.

2. *Interdicción*

Las personas que judicialmente hayan sido declaradas en estado de interdicción están sujetas a una limitación general a la capacidad de ejercicio, por lo que deben actuar por conducto de su tutor.

El Código Civil prevé tres supuestos en que los interdictos pueden obrar por derecho propio: la celebración de actos personalísimos indicados en la sentencia que declare la interdicción (artículo 462), el otorgamiento de testamento en periodos de lucidez (artículo 1307) y la celebración de actos que tengan por objeto bienes adquiridos por su trabajo (artículo 537 f. IV).

b) Limitaciones especiales a la capacidad de ejercicio

Las limitaciones especiales a la capacidad de ejercicio son dos: la emancipación y el concurso de acreedores.

1. *Emancipación*

Conforme al Derecho vigente la emancipación es la situación en que se encuentran los menores de edad que han contraído matrimonio (artículo 641). Están sujetos a una regla inversa a la del resto de los menores: pueden celebrar personalmente toda clase de actos jurídicos menos los expresamente exceptuados por la Ley:

> Art. 643.—El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:
>
> I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.
>
> II. De un tutor para negocios judiciales.

La fracción primera del artículo trascrito no establece una restricción a la capacidad de ejercicio de los emancipados, ya que una vez obtenida la autorización correspondiente podrán celebrar los actos respectivos por derecho propio. La fracción segunda sí prevé una restricción, ya que los emancipados no pueden comparecer en juicio personalmente.

2. *Concurso de acreedores*

El concurso de acreedores es la actuación conjunta de personas que buscan hacer efectivos los créditos que tienen contra un deudor común e insol-

vente. Debe ser declarado por la autoridad judicial (artículo 2965) y genera sobre el deudor una limitación especial a su capacidad de ejercicio:

> ART. 2966.—La declaración de concurso incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes, así como para cualquiera otra administración que por la ley le corresponda, y hace que se venza el plazo de todas sus deudas.

Las personas declaradas en concurso de acreedores administran sus bienes a través de un representante legal llamado síndico (artículo 761 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

III. LA CAPACIDAD DE EJERCICIO COMO REQUISITO DE VALIDEZ

La capacidad de ejercicio es requisito de validez de los contratos conforme a la siguiente disposición:

> ART. 1795.—El contrato puede ser invalidado:
> I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;...

El artículo anotado prevé la "incapacidad legal de las partes o de una de ellas" como supuesto que invalida el contrato. Insistimos en que debió emplearse una redacción positiva que aludiera a la capacidad como requisito de validez y no a la incapacidad como causa de invalidación.

Interpretando *a contario sensu* el numeral citado obtenemos que la capacidad "legal" de las partes es requisito de validez del contrato. La pregunta que debemos responder es ¿a qué capacidad se refiere?

Un análisis superficial conduciría a afirmar que se refiere tanto a la capacidad de goce como a la de ejercicio, considerando que ambas son *legales* y que dónde la Ley no distingue el intérprete no debe distinguir.

Un análisis razonado conduce a sostener que solo la capacidad de ejercicio es requisito de validez de los contratos, ya que conforme a lo estudiado en el capítulo anterior, la incapacidad de goce de una de las partes *priva de objeto al negocio*, afectando su esencia y no solo su validez. En efecto, si alguna de las partes carece de aptitud para participar en las consecuencias jurídicas que son objeto del contrato, éstas no se producirán y no habrá contrato. En cambio, si alguna de las partes carece de aptitud para celebrarlo personalmente, habrá contrato pero podrá ser invalidado.

Concluimos que solo la capacidad de ejercicio es requisito de validez de los contratos.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

I. INTRODUCCIÓN

Los vicios del consentimiento son factores que afectan el conocimiento o la voluntad[1] y generan una discordancia entre lo querido y lo exteriorizado.

El Código Civil dispone que la ausencia de vicios del consentimiento es un requisito de *validez* del contrato, sin embargo, en ocasiones su presencia compromete la *esencia* y no solo la validez del negocio, como veremos más adelante.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La Doctrina romanista suele citar tres vicios del consentimiento: el error, el dolo y la violencia.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

En la Sección relativa al consentimiento previó los tres vicios regulados en el Derecho Romano: error, dolo y violencia (artículo 1109).

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

En el Capítulo reservado al "consentimiento mutuo" reguló dos vicios: el error y la intimidación.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Previó tres vicios del consentimiento: el error, el engaño doloso y la intimidación (parágrafos 119 y 123).

---

[1] Conforme a la filosofía Aristotélico-Tomista.

III. ERROR

El error es uno de los vicios del consentimiento previsto por la Ley:

ART. 1812.—El consentimiento no es válido si ha sido dado por *error*...

A. CONCEPTO

El error es la falta de adecuación entre el pensamiento y la realidad.

B. CLASES DE ERROR

La Doctrina ofrece diversas clasificaciones del error.

Atendiendo a si la equivocación surge espontáneamente o es provocada se distingue entre error fortuito y error inducido, respectivamente. Según el juicio equivocado recaiga sobre elementos fácticos o sobre aspectos normativos se distingue entre error de hecho y error de Derecho, respectivamente.

La clasificación más importante es la que atiende a las consecuencias del error sobre la eficacia del contrato. Este criterio permite distinguir entre error obstáculo, error nulidad y error indiferente.

a) ERROR OBSTÁCULO

El error obstáculo es una falta de adecuación absoluta entre el pensamiento y la realidad que *impide* la formación del consentimiento. También se le denomina "error *impediente*" y ocasiona que no haya contrato.

El Código Civil no contiene artículo alguno sobre este error, y sin embargo, la Doctrina y los Tribunales lo admiten.[2] Si bien los autores aceptan la existencia del error obstáculo, comúnmente difieren sobre las hipótesis en que tiene lugar. A continuación expondremos las más difundidas.

1. *Error en la naturaleza del negocio*

Un error en la naturaleza del negocio es suficiente para impedir la formación del consentimiento.

[2] Tesis de rubro: "ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO. AUNQUE RECAIGA SOBRE EL MOTIVO DETERMINANTE DE LA VOLUNTAD, NO SIEMPRE PRODUCE LA INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO IMPUGNADO (ARTÍCULO 1278 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TAMAULIPAS)", Novena Época, Registro: 185175, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XVII, enero de 2003, Materia(s): Civil, Tesis: XIX.4o.7 C, Página: 1781.

Si un contratante piensa que está celebrando una compraventa y el otro un arrendamiento, no habrá consentimiento.

2. *Error en la identidad del objeto*

La segunda hipótesis de error obstáculo se verifica cuando una parte comete una equivocación sobre la identidad del objeto del contrato.

Por ejemplo, supóngase que una persona celebra un contrato de compraventa pensando que adquiere un departamento ubicado en la calle Juárez, de la Delegación Cuajimalpa, mientras el vendedor intenta enajenar uno ubicado en la calle Juárez, de la Delegación Tláhuac.

Los romanos denominaron esta equivocación "*error in corpore*" y la distinguieron del "*error in substantia*", que recaía sobre las cualidades del objeto. Es importante enfatizar la diferencia entre uno y otro: el error en la identidad implica un juicio equivocado acerca de *cuál es* el objeto del contrato, mientras que el error en las cualidades recae sobre los *accidentes* de un mismo objeto. En otras palabras, en el error de identidad las partes tienen en mente dos objetos distintos, mientras que en el error sobre las cualidades tienen en mente un solo objeto al que atribuyen características distintas.

Solo el *error in corpore* compromete la esencia del contrato. El *error in substantia* únicamente incide en su validez.

3. *Error en la identidad de la persona*

El error en la persona es un juicio equivocado sobre la identidad o cualidades de uno de los contratantes.[3] Es un género que se divide en dos especies: error en la identidad y error en las cualidades.

El error en la identidad de la persona es un juicio equivocado acerca de con quién se contrata. Ocurre cuando una persona, pensando que contrata con "A", en realidad lo hace con "B". Esto puede suceder si dos sujetos tienen el mismo nombre[4] o si un contratante se equivoca al identificar al otro.[5]

El error en las cualidades de la persona es un juicio equivocado acerca de las características accidentales de una de las partes. Ocurre cuando se contrata

[3] Las únicas disposiciones legales sobre este error se encuentran previstas en materia de matrimonio. En la Teoría General de las Obligaciones el tema ha sido desarrollado por la Doctrina y no por la Ley. Sobre el error en la persona en la celebración del matrimonio puede consultarse RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA y COHEN CHICUREL, *Derecho de Familia*, *op. cit.*, pp. 118-123.

[4] Por ejemplo, en lugar de contratar al cantante Pedro Pérez Aguilar se contrata al arquitecto Pedro Pérez Aguilar.

[5] Por ejemplo, se pretende donar una cantidad de dinero en favor de Juan Álvarez Mujica, pero por su apariencia es confundido con Gabriel Hernández Ríos.

pensando que la contraparte posee un perfil determinado cuando en realidad carece de él.[6]

El error en la persona solo influye en los contratos *intuitu personae*, es decir, en los que las partes tienen especial consideración acerca de quién es su contraparte.[7]

Consideramos que el error en la identidad de la persona afecta la esencia de los contratos *intuitu personae*, mientras que el error en las cualidades repercute en su validez. En otras palabras, el primero es error obstáculo y el segundo error nulidad.

b) ERROR NULIDAD

El error nulidad es una falta de adecuación entre el pensamiento y la realidad que no impide la formación del consentimiento. También se conoce como "error vicio" y ocasiona la anulabilidad del contrato.

El Código Civil regula el error nulidad en la siguiente disposición:

> ART. 1813.—El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

El artículo trascrito dispone que tanto el error de hecho como el de Derecho puede anular el contrato, siempre que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad. Conviene examinar por separado cada concepto.

1. *Error de hecho*

El error de hecho es una equivocación sobre aspectos fácticos relacionados con el contrato.

Puede afectar la validez del negocio si recae en las cualidades del objeto, en las cualidades de las partes o en sus móviles.

- Error en las cualidades del objeto

Conforme a lo explicado anteriormente el error en las cualidades del objeto es un juicio equivocado sobre las características accidentales de aquello que

[6] Por ejemplo, se contrata a un abogado pensando que tiene título de maestría cuando en realidad no lo tiene.

[7] Ejemplos de contratos *intuitu personae* son la donación y la prestación de servicios profesionales. Al estudiar la clasificación de los contratos profundizaremos sobre este tema.

es materia del contrato. En este caso la palabra objeto designa al objeto indirecto del negocio: al bien,[8] al hecho[9] o a la abstención.[10]

El error sobre el objeto directo del contrato, es decir, sobre sus consecuencias jurídicas, es error de Derecho y no de hecho, como se verá más adelante.

- Error en las cualidades de las partes

El error en las cualidades de las partes es un juicio equivocado acerca de los caracteres accidentales de una de ellas o de ambas.

Ocurre cuando se contrata con alguien pensando que reúne un perfil determinado cuando en realidad carece de él. Por ejemplo, se contrata a un director de empresa pensando que domina el idioma inglés cuando ni siquiera posee un conocimiento elemental de él.

Debe enfatizarse que el error en las cualidades de las partes solo incide en la validez de los contratos *intuitu personae.*

- Error en los motivos de las partes

Los motivos o móviles son las consideraciones subjetivas que conducen a una persona a celebrar un contrato y que se refieren a aspectos ajenos a la identidad y a las cualidades del objeto o de la contraparte.

Verbigracia, una persona renta un departamento que se ubica a unas cuadras de una universidad bajo la falsa idea de que ha sido admitida en ella. Al percatarse de su equivocación, el arrendatario explica la situación al arrendador y le comenta que de haber entendido la realidad desde un principio no hubiera celebrado el contrato.

En el supuesto anotado no hay error en el objeto, ya que el arrendatario tenía conocimiento verdadero tanto de la identidad como de las cualidades del departamento. El error versa sobre sus móviles.

2. *Error de Derecho*

El error de Derecho es una equivocación sobre aspectos normativos relacionados con el contrato.

[8] Por ejemplo, se incurre en un error sobre las cualidades del bien cuando se compra una pulsera pensando que es de oro y en realidad es de cobre.

[9] Por ejemplo, se incurre en un error sobre las cualidades del hecho cuando se entrega una cantidad de dinero a un profesor de francés pensando en que se recibirían dos horas de clase cuando éste solo pretendía impartir una.

[10] Por ejemplo, se incurre en un error sobre las cualidades de la abstención cuando se retribuye a una persona para que *nunca* participe en un concurso de belleza y ésta pensaba que solo debía abstenerse por un año.

- Regulación en el Derecho vigente

El Código Civil establece que el error de Derecho puede invalidar el contrato *si recae en el motivo determinante de la voluntad.*

Como ejemplo de este error comúnmente se cita el caso de la persona que compra un inmueble con la intención de abrir un comercio en él, pensando que las disposiciones legales permiten el uso de suelo comercial cuando en realidad solo autorizan el habitacional.

El error de Derecho también puede recaer sobre los efectos del negocio. Por ejemplo, una persona compra un inmueble pensando que el vendedor deberá responder por vicios ocultos durante cinco años, cuando en realidad solo debe hacerlo por un año (artículo 2149).

Debe tenerse en cuenta que si el error de Derecho versa sobre cuáles son los efectos principales del contrato, habrá error en la naturaleza del negocio e impedirá la formación del consentimiento, conforme a lo estudiado anteriormente.

- Relación entre el error de Derecho y el principio "la ignorancia de la Ley no excusa su incumplimiento"

El Código Civil de 1884 no permitió que la eficacia del contrato se viera afectada por el error de Derecho. La Doctrina explicó que esto obedeció al principio *ignorantia legis neminem excusat*, consignado en el artículo 22 del citado ordenamiento:

> ART. 22.—La ignorancia de las leyes debidamente promulgadas no sirve de excusa y a nadie aprovecha.

El Código Civil vigente también establece que la ignorancia de las Leyes no excusa su incumplimiento:

> ART. 21.—La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

El artículo trascrito regula una versión atenuada del mencionado principio.[11] El legislador de 1928 tuvo el acierto de reconocer que un contrato puede

[11] Véase RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA y COHEN CHICUREL, *Introducción... op. cit.*, pp. 158 y 159.

ser anulado por error de Derecho sin contravenir el principio *ignorantia legis*. Un ejemplo permitirá comprender lo anterior:

Supóngase que una persona adquiere un automóvil con la intención de circular todos los días, ignorando que las disposiciones ambientales prohíben su uso dos días por semana. En este caso el comprador desconocía la existencia y contenido de las normas que restringen el uso del vehículo. Si circula en un día no autorizado el principio *ignorantia legis* le impedirá exculpar su incumplimiento alegando que desconocía la Ley. Sin embargo, una vez enterado de la norma ignorada podrá demandar la nulidad del contrato si su error de Derecho recayó en el motivo determinante de su voluntad.

3. *Motivo determinante de la voluntad*

- Concepto

El motivo determinante de la voluntad es la consideración *principal* que conduce a una persona a celebrar un contrato. Es el factor decisivo que la lleva a contratar.

El error de hecho y el de Derecho, en los términos explicados anteriormente, invalidan el contrato *solo* si recaen en el motivo determinante de la voluntad, es decir, si versan sobre la razón principal por la que se celebró el contrato.

Por ejemplo, supóngase que una persona compra un automóvil porque le agrada su aspecto externo. Adicionalmente, el adquirente imagina que el automóvil tiene aire acondicionado cuando en realidad carece de él. En este supuesto hubo un error en las cualidades del objeto: el comprador pensaba que el automóvil tenía aire acondicionado cuando no lo tiene. Sin embargo, el error no repercutirá en la eficacia del contrato debido a que no recayó en el motivo determinante de la voluntad. La consideración principal que condujo al comprador a adquirir el vehículo fue su aspecto externo, no que tuviera aire acondicionado. De haber conocido la realidad desde un principio, hubiera celebrado el contrato de cualquier modo.

Ahora piénsese que el comprador padece intolerancia al calor debido a su hipertiroidismo y que adquiere el automóvil precisamente porque cree que tiene aire acondicionado. En este caso el error en las cualidades del objeto sí repercutirá en la eficacia del contrato, ya que recayó sobre el motivo determinante de la voluntad. Si el comprador hubiera sabido que el vehículo carecía de aire acondicionado, no lo hubiera adquirido.

Debe insistirse en que cualquier error de hecho[12] o de Derecho puede invalidar el contrato si recae en el motivo determinante de la voluntad.

[12] Tanto el que se refiere a las cualidades del objeto o de la contraparte, como el que versa sobre los móviles.

■ Prueba del motivo determinante de la voluntad

La enorme gama de errores que puede confluir en la celebración de un contrato podría hacer nugatoria cualquier aspiración de seguridad jurídica. A fin de proteger la eficacia contractual el legislador implementó dos mecanismos: condicionó la influencia del error a que recaiga en el motivo determinante de la voluntad y limitó los medios con que puede probarse el último.

La parte final del artículo 1813 regula cómo debe probarse el motivo determinante de la voluntad:

> ART. 1813.—El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, *si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.*

c) ERROR INDIFERENTE

1. *Concepto y enumeración*

El error indiferente es la falta de adecuación entre el pensamiento y la realidad que no repercute en la eficacia del contrato.

Son errores indiferentes los siguientes:

- Error en la identidad o en las cualidades de la persona en contratos que no son *intuitu personae.*
- Error en las cualidades de la persona que no recae en el motivo determinante de la voluntad en contratos *intuitu personae.*
- Error en las cualidades del objeto que no recae en el motivo determinante de la voluntad.
- Error en los móviles que no recae en el motivo determinante de la voluntad.
- Error de Derecho que no recae en el motivo determinante de la voluntad.
- Error de nomenclatura.
- Error de cálculo.

Adicionalmente puede incluirse cualquier "error nulidad" que recaiga en el motivo determinante de la voluntad si no fue declarado o no puede probarse por las circunstancias del contrato.

De los errores enunciados solo falta comentar el de cálculo.

2. *Error de cálculo*

El error de cálculo es una equivocación en la solución de una operación aritmética relacionada con el objeto del contrato. Es "indiferente" *en cuanto a la estructura del negocio*, pero esto no significa que carezca de toda relevancia jurídica.

Por ejemplo, una persona acuerda comprar a otra un terreno de 300m² a razón de $1,000.00 por metro. En el contrato se consigna que el precio de la compraventa son $330,000.00, cuando en realidad deberían ser $300,000.00. En este supuesto la Ley ordena lo siguiente:

> ART. 1814.—El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.

Conforme al artículo trascrito el error de cálculo solo da lugar a que se rectifique, es decir, a que se corrija el resultado de la operación aritmética incorrectamente efectuada. Ni la esencia ni la validez del contrato se ven afectadas por este error. En este sentido se pronuncia Von Thur: "Así, por ejemplo, si se venden 12 metros de tela a 12 francos el metro, y se facturan 134 francos, es evidente que este error no afecta a la validez del contrato y debe ser rectificado tan pronto como se descubra".[13]

El error de *cálculo* no debe confundirse con el de *cantidad.* El primero es una simple equivocación aritmética que no repercute en la eficacia del contrato. El segundo es un juicio incorrecto sobre las unidades de medida del objeto que es una hipótesis de error nulidad. Verbigracia, si una persona entrega $100.00 pensando que compraba 10 kilos de harina, cuando solo eran 5, habrá error de cantidad y no de cálculo. El comprador podrá demandar la nulidad del contrato si acredita que el motivo determinante de su voluntad fue adquirir los 10 kilos.

IV. DOLO

El dolo es otro de los vicios del consentimiento regulados por la Ley:

> ART. 1812.—El consentimiento no es válido si ha sido... sorprendido por dolo.

Antes de continuar debe considerarse que "dolo" es un término equívoco, ya que legalmente designa tanto a un vicio del consentimiento como al incumplimiento intencional de una norma jurídica. Cualquier alusión al dolo que hagamos en el presente capítulo deberá entenderse referida a su primera acepción, es decir, al vicio del consentimiento.

A. CONCEPTO

El Código Civil define al dolo de la siguiente manera:

---

[13] VON THUR, *op. cit.*, p. 208.

ART. 1815.—Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...

Según la disposición trascrita el dolo es la sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

Los artículos 1812 y 1815 antes citados conceptualizan al dolo como un vicio distinto del error. De acuerdo con ellos pareciera que la concurrencia del dolo con el error no es necesaria, de manera que pudiera haber dolo sin error.[14]

La aparente independencia del dolo respecto del error es desvirtuada por la siguiente norma:

ART. 1816.—El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato *si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.*

Conforme al numeral trascrito el dolo solo afecta la validez del contrato *si fue la causa determinante de su celebración.* Lo anterior priva al dolo de toda autonomía, ya que para que se erija en causa determinante de la celebración del negocio, forzosamente debe haber inducido o mantenido el error. En otras palabras: *el dolo que no induce o mantiene un error en el motivo determinante de la voluntad, no compromete la validez del acto jurídico, no es vicio del consentimiento.*

De lo explicado se concluye que el verdadero vicio del consentimiento es el error en el motivo determinante de la voluntad, no el dolo, que solo es un mecanismo para provocarlo o mantenerlo.

B. IMPORTANCIA DEL DOLO

En el apartado anterior concluimos que el dolo no es un auténtico vicio del consentimiento, sino solo un medio para inducir o mantener el error. Si el dolo no incide por sí mismo en la eficacia del contrato ¿cuál es su importancia?

[14] Verbigracia, imagínese que un vendedor de autos usados coloca uno de sus vehículos modelo 2007 en la zona de exhibición donde se ubican los modelos 2008, con el propósito de que algún comprador incauto lo adquiera pensando que se trata de un modelo posterior. Un interesado en el vehículo, con amplios conocimientos sobre la materia automotriz, detecta el ardid del vendedor y aún así decide comprarlo. En este supuesto podría admitirse que hubo dolo sin error. El vendedor empleó un artificio para inducir a error al comprador, pero éste no incurrió en él, ya que siempre supo que se trataba de un modelo 2007. De admitir que el dolo es un vicio independiente, el comprador podría demandar la nulidad del contrato a pesar de no haber sufrido error.

La Doctrina nacional enuncia dos aspectos que resaltan la importancia del dolo:

El primero, que a los litigantes les resulta más sencillo demostrar la existencia del error inducido o mantenido por dolo que el surgido espontáneamente.[15]

El segundo, que la conducta dolosa, además de poder ocasionar un error que incida en la eficacia del contrato, es un hecho ilícito que obliga a resarcir los daños y/o perjuicios causados.[16]

C. PERSONAS QUE PUEDEN OBRAR DOLOSAMENTE

El dolo puede provenir de una de las partes o de un tercero:

ART. 1816.—El dolo o mala fe *de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla,* anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

El artículo 1816 establece que tanto el dolo de una de las partes como el de un tercero pueden repercutir en la eficacia del contrato, sin embargo, en el segundo caso es necesario que el contratante beneficiado tenga conocimiento de la conducta dolosa de aquél. En nuestra opinión lo último es incorrecto, ya que si el dolo ocasiona un error en el motivo determinante de la voluntad, comprometerá la eficacia del negocio con independencia de si el contratante beneficiado sabía o no de él.

Debe recordarse que el verdadero vicio del consentimiento es el error, por lo que si algún contratante incurre en él gozará de la protección que la Ley concede sin importar cómo surgió.

D. DOLO RECÍPROCO

Existe dolo recíproco cuando ambas partes emplean sugestiones o artificios para inducir a la otra en error o mantenerla en él. En este supuesto el Código Civil determina lo siguiente:

ART. 1817.—Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.

En ocasiones el Código Civil dispone que cuando dos personas actúan malintencionadamente, deben aplicarse las normas correspondientes al caso en

[15] *Cfr.* SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, pp. 57 y 58.
[16] *Cfr.* BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 120.

que hubieran procedido de buena fe (artículo 903). La conducta negativa de una neutraliza la conducta negativa de la otra, dando como resultado la aplicación de un régimen "positivo". La *ratio iuris* reside en la idea de que cuando dos personas quebrantan la Ley, ninguna es merecedora de su protección.

E. Dolo bueno

La Doctrina denomina "dolo bueno" a las consideraciones que realizan los contratantes sobre las bondades de un bien o servicio determinado. No es causa de nulidad del contrato debido a que no induce ni mantiene el error y tampoco da derecho a reclamar una indemnización:

> Art. 1821.—Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos... que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño... alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo...

El dolo bueno se contrapone al dolo malo, que ha sido estudiado en los apartados que anteceden. La diferencia esencial entre uno y otro es que el primero no importa engaño mientras que el segundo sí. Un ejemplo permitirá distinguir ambos:

Supóngase que una persona ofrece vender a otra un teléfono celular. Dentro de los argumentos que le da para convencerla se encuentran que "es un teléfono espectacular", que "podrá pasar momentos divertidos con sus aplicaciones", que "su atractivo diseño llamará la atención de la gente" y que "le permitirá mejorar su condición social al facilitar la comunicación con su círculo de amigos". Todos los argumentos mencionados son constitutivos de *dolo bueno*, ya que son "consideraciones generales sobre los provechos que naturalmente pueden resultar de la celebración del contrato y que no importan engaño".

Ahora piénsese que el vendedor comienza a enumerar una serie de atributos falsos del teléfono, como que "permite realizar llamadas ilimitadas sin necesidad de cubrir cuota alguna" o que "permite sintonizar gratuitamente todos los canales de la televisión de paga". Estas afirmaciones son constitutivas de *dolo malo*, ya que importan engaño. Pueden afectar la validez del contrato si generan un error en el motivo determinante de la voluntad del comprador y dan lugar a una indemnización por los daños y/o perjuicios sufridos.

En la práctica pueden suscitarse dudas acerca de cuáles son "los provechos que naturalmente pueden resultar" de la celebración de un contrato. En caso de controversia el órgano jurisdiccional deberá resolver si alguna de las partes rebasó el límite que separa la persuasión del engaño.

F. Renuncia al derecho a demandar la nulidad por dolo

La Ley declara ilícita la renuncia al derecho a demandar la nulidad derivada del dolo:

> Art. 1822.—No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo...

No obstante lo previsto por el numeral trascrito, los contratantes pueden ratificar su voluntad una vez que conozcan el engaño sufrido:

> Art. 1823.—Si... siendo conocido el dolo, el que... padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios.

V. Mala fe

A. Concepto

La mala fe es definida por el Código Civil de la siguiente manera:

> Art. 1815.—Se entiende por... mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

La disposición trascrita define la mala fe como "la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

La mala fe tampoco es un vicio autónomo, ya que su misma definición indica que debe concurrir con el error. En otras palabras, no puede haber mala fe sin error. El artículo 1816 aclara que el error disimulado debe recaer sobre el *motivo determinante de la voluntad* de quien lo sufre.

De lo expuesto resulta que al igual que el dolo, la mala fe es totalmente intrascendente para efectos de la validez del contrato. Lo importante es que alguna de las partes incurra en un error sobre el motivo determinante de su voluntad. La disimulación del error no agrava ni atenúa la ineficacia del negocio, sin embargo, el afectado podrá exigir una indemnización a la contraparte si logra acreditarla, en virtud de haber cometido un hecho ilícito.

B. Distinción con el dolo

La mala fe se diferencia del dolo en que la primera presupone una conducta *pasiva* de alguno de los contratantes —disimular—, mientras que el segundo implica una conducta *activa* —emplear sugestiones y artificios—. La

distinción es meramente conceptual, ya que normativamente ambas figuras requieren del error para producir efectos y generan las mismas consecuencias jurídicas.

C. Personas que pueden obrar de mala fe

Conforme al artículo 1816 antes trascrito la mala fe solo afecta la validez del contrato si proviene de una de las partes. Debemos insistir en que el contrato puede ser anulado si una de las partes padece un error en el motivo determinante de su voluntad, con independencia de quién lo disimule. Consecuentemente, aunque sea un tercero y no una de las partes quien obre de mala fe, el afectado podrá demandar la nulidad del negocio si sufre el mencionado error.

VI. VIOLENCIA

La violencia es un vicio del consentimiento de conformidad con lo siguiente:

> Art. 1812.—El consentimiento no es válido si ha sido... arrancado por violencia...

A. Concepto

La violencia es definida por la Ley como sigue:

> Art. 1819.—Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición citada:

- Empleo de la fuerza física o amenazas

La violencia puede ejercerse a través de la fuerza física o por medio de amenazas. La Doctrina denomina a la primera violencia física y a la segunda violencia moral.

Para efectos civiles carece de trascendencia distinguir minuciosa y casuísticamente entre violencia física y moral, toda vez que ambas están sujetas al mismo régimen jurídico.

- Peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes

Desde el Derecho Romano se cuestionaba contra qué aspectos debía dirigirse la violencia para que fuera considerada vicio del consentimiento. Nuestro Código Civil alude a cinco elementos: a la vida, a la honra, a la libertad, a la salud y a una parte considerable de los bienes. Esta fórmula existe desde el Código Civil de 1870 y, en nuestra opinión, es desafortunada por dos razones: la primera, porque pretende enunciar con exactitud qué puede ser objeto de violencia, pero incluye conceptos jurídicos indeterminados como "la honra" o como "una parte *considerable* de los bienes"; y la segunda, porque el carácter limitativo del listado excluye otros factores igualmente importantes que pueden coartar la libertad de contratar.[17]

- Del contratante, su cónyuge, sus ascendientes, sus descendientes o sus parientes colaterales dentro del segundo grado

Los sujetos pasivos de la violencia —es decir, los afectados por ella— solo pueden ser el contratante, su cónyuge, sus ascendientes, sus descendientes y sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

La parte final del artículo 1819 es quizá la que más críticas ha recibido, ya que nuevamente hace uso de un listado limitativo que puede generar escenarios injustos en la práctica.[18]

B. Clases de violencia

La Doctrina distingue entre violencia física y moral, y entre violencia absoluta y relativa.

a) Violencia física y violencia moral

La violencia física es el uso de la fuerza corporal para coaccionar a una persona. La violencia moral es el empleo de amenazas con el mismo propósito.

b) Violencia absoluta y violencia relativa

La violencia absoluta genera una ausencia total de voluntad. La relativa permite que haya voluntad, pero viciada.

---

[17] De atender al listado indicado, no sería violencia el hecho de que una persona amenace a otra con privarle de su trabajo si no celebra un contrato determinado.

[18] Por ejemplo, piénsese que una persona amenaza a otra con asesinar a su concubina o a su mejor amigo. En estos supuestos no habría violencia conforme al numeral citado, lo que es absurdo.

En los supuestos de violencia absoluta se ejerce una fuerza irresistible que obtiene una declaración a la que falta contenido real. Algunos autores citan el caso de la persona a la que se toma una mano, se le coloca una pluma y se presiona contra el papel a efecto de producir una firma. También puede pensarse en la persona a la que se le levanta una mano en una subasta para presentar una postura. En todas estas hipótesis no existe voluntad del sujeto pasivo de la violencia, ya que ni siquiera pudo valorar si emitía o no su declaración.

La violencia absoluta impide que haya consentimiento, lo que afecta la esencia del contrato y no solo su validez.

En los casos de violencia relativa se ejerce una presión que no impide a la víctima formar su voluntad. La persona a la que se tuerce un brazo, aunque sufra un dolor intenso, puede decidir si contrata o no.[19] Lo mismo ocurre con quien recibe una amenaza. En estos supuestos hay voluntad, pero no exenta de vicios.

La violencia relativa solo compromete la validez del acto.

C. Miedo

a) Relación entre el miedo y la violencia

La violencia actúa respecto del miedo de la misma manera que el dolo respecto del error: es un agente, un factor que lo provoca.

Si bien el Código Civil no regula el miedo, la Doctrina generalmente admite que es el verdadero vicio del consentimiento. Asimismo, se afirma que una acción violenta que no produce miedo no compromete la validez del contrato, igual a como sucede con el dolo que no induce a error. Debemos insistir en ello: *si la violencia no genera miedo, no habrá vicio del consentimiento.*

b) Concepto de miedo

El miedo es una perturbación del ánimo ocasionada por un mal jurídicamente relevante, inminente e injusto, que conduce a una persona a celebrar un acto jurídico.

A continuación examinaremos el contenido de la definición propuesta:

- Perturbación del ánimo

El miedo es una perturbación del ánimo, un trastorno de la quietud mental.

En la introducción de este capítulo mencionamos que los vicios del consentimiento afectan el conocimiento o la voluntad. El error afecta el conocimiento, el miedo la voluntad.

[19] D. 4. 2. 21. §5.

- Mal jurídicamente relevante, inminente e injusto

El sujeto que padece miedo debe verse amenazado por un mal jurídicamente relevante, inminente e injusto.

Que sea jurídicamente relevante significa que pueda afectar un bien protegido por el Derecho. Los elementos enunciados por el artículo 1819 —vida, honra, libertad, salud y una parte considerable de los bienes— pueden servir de pauta para determinar cuándo un mal tiene relevancia jurídica, sin embargo, consideramos que este numeral debe interpretarse extensivamente para comprender otros aspectos igualmente valiosos.

Que sea inminente significa que esté próximo a suceder.

Que sea injusto significa que sea contrario a Derecho, es decir, que la víctima no tenga necesidad de soportarlo.

- Conduce a la celebración de un acto jurídico

El miedo debe llevar a la persona que lo padece a celebrar un acto jurídico, debe ser el motivo determinante de su celebración. Si la persona hubiere celebrado el acto sin la presencia del miedo, será válido.

c) Perturbaciones del ánimo distintas del miedo

La Ley y la Doctrina enumeran una serie de perturbaciones del ánimo distintas del miedo, que no vician la voluntad de los contratantes.[20]

1. *Perturbaciones provocadas por males jurídicamente irrelevantes*

Conforme al artículo 1819 antes trascrito, los males jurídicamente relevantes son los que afectan la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes. A *contrario sensu,* son jurídicamente irrelevantes los que amenazan algún otro aspecto.

Por ejemplo, la persona que celebra un acto jurídico por temor a no ser invitada a una fiesta, no puede alegar que su consentimiento estuvo viciado por miedo. Si bien pudo sufrir una perturbación del ánimo, no se trató de miedo debido a que fue ocasionada por un mal jurídicamente irrelevante: no ser invitada a una fiesta.

Otro supuesto de un mal jurídicamente irrelevante se encuentra previsto en la siguiente disposición:

[20] Domínguez Martínez utiliza la palabra "temor" para designar estas perturbaciones, a las que considera simples recelos o previsiones que no afectan la validez del contrato. Domínguez Martínez, *Derecho Civil: Parte General...*, *op. cit.*, p. 606.

ART. 1820.—El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

El numeral citado prevé el temor reverencial, es decir, el temor a "desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto". Esta figura proviene del Código Napoleón, que la limitaba al temor a desagradar al padre, a la madre o a otro ascendiente. Por mayoría de razón el riesgo a desagradar a personas distintas de las enunciadas por el artículo 1820 tampoco es generador de miedo.[21]

De igual modo, son jurídicamente irrelevantes los males que *naturalmente* pueden derivar de no celebrar el contrato:

ART. 1821.—Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los... perjuicios que naturalmente pueden resultar de la... no celebración del contrato, y que no importen... amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar... la violencia.

Conforme a la disposición trascrita, la persona que compra un medicamento después de escuchar las posibles consecuencias de no ingerirlo, no puede argüir que contrató bajo el influjo de miedo.

2. *Perturbaciones provocadas por males remotos*

No constituyen miedo las perturbaciones del ánimo ocasionadas por males remotos.

Son males remotos los distantes y los que no es probable que sucedan. Por ejemplo, no puede invocar miedo la persona que adquiere grandes cantidades de alimento para sobrevivir un ataque extraterrestre. Tampoco quien afirma haber sido amenazado con perder la libertad en caso de que el agresor gane la lotería.

3. *Perturbaciones provocadas por males justos*

No generan miedo las perturbaciones originadas por males justos, es decir, los que son acordes con el Derecho y que el afectado tiene necesidad de soportar. El supuesto más común es el temor infundido por el ejercicio de un derecho.

Por ejemplo, piénsese que un acreedor amenaza a su deudor con exigir anticipadamente el importe total del crédito si éste no constituye una hipoteca a la que se había obligado (artículo 1959 f. II). De constituir la hipoteca el

[21] Verbigracia, el temor a desagradar a un círculo de conocidos no compromete la validez del contrato.

deudor no podrá demandar su nulidad argumentando que su voluntad estuvo viciada.

Debe aclarase que la persona que amenaza con ejercitar un derecho solo puede pretender la prestación que le es debida.

d) REQUISITOS PARA QUE EL MIEDO COMPROMETA LA VALIDEZ DEL CONTRATO

No basta con que una persona sufra miedo para que la validez del contrato se vea afectada. Si así fuera, una enorme cantidad de contratos sería anulable y la seguridad contractual sería inexistente.

Para que el miedo comprometa la eficacia del contrato es necesario que sea infundido por violencia o que produzca una desproporción evidente en las prestaciones de las partes.

1. *Miedo generado por violencia*

El miedo a padecer un mismo mal puede o no repercutir en la validez del contrato dependiendo de si fue inducido por violencia.

Piénsese que una persona vende un inmueble bajo la amenaza de que de no hacerlo su hijo perderá la vida. En este supuesto hay miedo provocado por violencia y el contrato es anulable. El miedo del vendedor a que su hijo pierda la vida es el motivo determinante que lo condujo a contratar.

Ahora supóngase que una persona vende un inmueble para obtener dinero que le permita costear un tratamiento médico del cual depende la sobrevivencia de su hijo. Al igual que en el supuesto anterior, el miedo del vendedor a que su hijo pierda la vida es el motivo determinante de su voluntad. Sin embargo, la compraventa no es anulable debido a que el miedo no fue generado por violencia.

2. *Miedo que produce una desproporción evidente en las prestaciones de las partes*

El miedo también puede dar lugar a una desproporción evidente en las prestaciones de las partes, independientemente de que sea o no infundido por violencia.

Retomemos el ejemplo de la persona que vende un inmueble para pagar un tratamiento médico del cual depende la vida de su hijo. Anteriormente concluimos que si bien el vendedor contrató bajo el influjo del miedo, el contrato no es anulable por no haber mediado violencia. Sin embargo, si el comprador explota el miedo del vendedor para obtener un precio notoriamente menor al valor del inmueble, el contrato debería ser anulable.

La Doctrina denomina "estado de necesidad" a la situación en que una persona acepta condiciones de contratación evidentemente desfavorables con tal de obtener un satisfactor urgente e indispensable. En nuestra opinión solo es una manifestación del miedo y no un vicio independiente.[22]

Es importante aclarar que, interpretada literalmente, la Ley no permite anular el negocio en que un contratante aproveche el estado de necesidad del otro.

D. Personas que pueden obrar violentamente

El Código Civil dispone que el contrato puede ser anulado por violencia que provenga de alguna de las partes o de un tercero:

> Art. 1818.—Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes o ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Debe tenerse en cuenta que la violencia es un hecho ilícito, por lo que el afectado podrá demandar una indemnización en adición a la nulidad del contrato respectivo. Si la violencia proviene de algún contratante, el otro podrá demandarle el resarcimiento de los daños y/o perjuicios. Si la violencia emana de un tercero, ambos contratantes podrán dirigirse contra el agresor para obtener una indemnización.

E. Renuncia al derecho a demandar la nulidad derivada del miedo infundido por violencia

Las partes no pueden renunciar al derecho a demandar la nulidad del contrato por causa de miedo infundido por violencia:

> Art. 1822.—No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte... de la violencia.

Al igual que como sucede con el dolo, el contratante afectado por violencia puede confirmar su voluntad una vez que cese el vicio:

> Art. 1823.—Si habiendo cesado la violencia... el que sufrió la violencia... ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios.

[22] En igual sentido se expresa Domínguez Martínez, *Derecho Civil: Parte General...*, *op. cit.*, p. 592.

VII. Lesión

El concepto de lesión ha variado a lo largo del tiempo, sin embargo, siempre ha evocado la idea de un aprovechamiento desproporcionado de uno de los contratantes en perjuicio del otro.

A. Concepto legal

El Código Civil define la lesión como sigue:

> Art. 17.—Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga...

El artículo citado se ubica dentro de las Disposiciones Preliminares del Código Civil. Posiblemente el legislador posrevolucionario consideró que su contenido justificaba posicionarlo en este apartado, sin embargo, debería trasladarse a la Teoría General de las Obligaciones para respetar el carácter sistemático del ordenamiento.

A continuación desglosaremos su contenido:

- Explotando

La lesión es una explotación, un aprovechamiento abusivo.

El gerundio "explotando" es de suma importancia, ya que implica que el beneficiado por la lesión debe aprovechar *conscientemente* la situación infortunada del otro. No habrá lesión si la desproporción hubiere tenido lugar independientemente de que el beneficiado conociera o no las circunstancias de su contraparte.[23]

- Suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria

La suma ignorancia, la notoria inexperiencia y la extrema miseria son los elementos subjetivos de la lesión, es decir, las cualidades que debe reunir el afectado para poder demandar la protección que la Ley ofrece.[24]

[23] Por ejemplo, la persona que cobra una cantidad exagerada por un corte de pelo no comete lesión si ofrece el mismo precio en todos los casos y no solo cuando su cliente reúne las calidades que prevé el artículo 17.

[24] La influencia del Código Civil alemán se manifiesta claramente. El legislador de 1928 abandonó el criterio predominantemente objetivo de sus antecesores romano y francés y acogió el criterio del legislador germano consistente en que el afectado por la lesión debe poseer deter-

El tratamiento que nuestro legislador dio al aspecto subjetivo de la lesión es el que más críticas le ha valido y, en opinión de algunos, el que ha confinado la figura al desuso total.

En primer lugar, la norma de referencia hace uso excesivo de superlativos. No basta con que una persona sea ignorante, inexperta o mísera, sino que debe serlo en grado *sumo*, *notorio* o *extremo*, respectivamente. La Doctrina ha denunciado lo desatinada de esta fórmula.[25]

En segundo lugar, el artículo 17 no hace referencia al "estado de necesidad", que como explicamos anteriormente, es una manifestación del miedo. Este numeral podría interpretarse extensivamente a fin de proteger a las personas que contrataron en condiciones desventajosas para obtener un satisfactor urgente e indispensable; sin embargo, lejos de relajar su redacción, los Tribunales la han aplicado de manera rígida.[26]

Para que la lesión se convierta en una figura positiva y no solo vigente, debe reformarse el artículo 17 a efecto de suprimir los superlativos y agregar el estado de necesidad como supuesto de procedencia.

- Lucro excesivo evidentemente desproporcionado

El elemento objetivo de la lesión es el lucro excesivo y evidentemente desproporcionado que un contratante obtiene en detrimento del otro.

El Código Civil de 1928 también siguió al *BGB* en este aspecto, ya que en lugar de especificar a cuánto debe equivaler la desproporción —como lo hicieron el Código Napoleón y el de 1884—, dejó su determinación al juzgador.

En nuestra opinión era más adecuada la delimitación específica de la desproporción, ya que facilitaba la aplicación práctica de la figura.

B. Consecuencias jurídicas de la lesión

El artículo 17 del Código Civil dispone que los efectos jurídicos de la lesión son los siguientes:

minadas características para que la eficacia del contrato se vea comprometida. En otras palabras, el artículo 17 incorporó el sistema subjetivo-objetivo del Derecho alemán y no el objetivo del Derecho Romano y francés.

[25] *Cfr.* Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 125 y Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 342.

[26] Tesis de rubro: "Lesión en los contratos. Las causas que la originan, no pueden extenderse por analogia a otros supuestos", Octava Época, Registro: 227081, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, IV, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989, Materia(s): Civil, Página: 313.

> Art. 17.—...el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.
>
> El derecho concedido en este artículo dura un año.

Conforme al numeral citado el afectado por la lesión puede elegir entre demandar la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más una indemnización en ambos casos. El derecho a la indemnización se funda en la conducta ilícita del beneficiado.

La parte final del artículo 17 limita la vigencia del derecho del perjudicado a un año, pero no indica desde cuándo debe contarse. Los Tribunales Federales han considerado que empieza a correr a partir de la fecha en que se celebra el contrato.[27]

C. Contratos en los que es aplicable la lesión

Un sector de la Doctrina[28] afirma que la lesión solo procede en los contratos conmutativos (artículo 1838), no así en los aleatorios ni en los gratuitos (artículo 1837).

Se argumenta que la lesión es improcedente en los contratos aleatorios debido a que la esencia y utilidad de estos negocios consiste en que pueda llegar a producirse una desproporción evidente entre las prestaciones de las partes. En nuestra opinión la lesión puede tener lugar tanto en los contratos conmutativos como en los aleatorios.

En los contratos aleatorios puede haber lesión si alguna de las partes, explotando la debilidad de la otra, consigue una prestación desproporcionada. Por ejemplo, piénsese que dos equipos de fútbol con capacidades similares están por enfrentarse. Si una persona, abusando de la condición de otra, acuerda apostar a alguno con un momio de 200 a 1, habrá lesión. En el supuesto indicado lo justo sería que cada peso arriesgado por uno de los contratantes le conceda la oportunidad de recuperarlo y de ganar otro adicional, atendiendo a que los equipos poseen capacidades similares. La oportunidad de ganar doscientos pesos por cada uno arriesgado es lesiva. Nuestro criterio es afín con el sostenido por Bejarano Sánchez.[29]

[27] Tesis de rubro: "Lesión en los contratos, prescripción de la acción de rescisión por", Séptima Época, Registro: 249666, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 175-180 Sexta Parte, Materia(s): Civil, Página: 245.

[28] En este sentido Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 65; Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 109.

[29] *Cfr.* Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 127.

En los contratos gratuitos no puede haber lesión ya que el deseo de una parte precisamente es beneficiar a la otra.

D. Conclusión respecto a si la lesión es o no un vicio de la voluntad

La manera más sencilla de determinar si la lesión es un vicio de la voluntad es respondiendo a la pregunta ¿por qué una persona aceptaría una contraprestación evidentemente desproporcionada? Consideramos que existen tres respuestas a esta interrogante.

La primera, porque puede ser voluntad del "afectado" favorecer a su contraparte con una prestación superior a la que él recibirá, en cuyo caso no habrá vicio alguno. Piénsese en un padre que ayuda a su hijo vendiéndole en cien mil pesos un departamento valuado en un millón. En esta hipótesis no hay lesión ni otro vicio.

La segunda, porque puede que el "afectado" atribuya un valor equivocado a alguna de las prestaciones. Por ejemplo, el que una persona venda en mil pesos un jarrón valuado en cien mil, puede deberse a que haya atribuido un valor equivocado al objeto. En este supuesto el vendedor actuó bajo la influencia del error.

La tercera, porque puede que el "afectado" se haya visto en la necesidad de aceptar la desproporción a fin de evitar un mal jurídicamente relevante, inminente e injusto. Por ejemplo, piénsese que una persona acepta comprar una botella de agua en mil veces su valor para evitar caer en inconsciencia por deshidratación, después de que un desastre natural provocó una escasez de víveres. En este caso el afectado actuó bajo el influjo del miedo.

En conclusión, consideramos que la lesión no es un vicio distinto del error y del miedo, sino solo una manifestación de ellos.

Capítulo Duodécimo

LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN

I. INTRODUCCIÓN

El tercer requisito que el Código Civil exige para que el contrato sea válido es que el objeto, motivo o fin de los contratantes sea lícito. Para comprender este requisito es necesario estudiar primero la teoría de la causa en los contratos.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

A partir de la interpretación de algunos pasajes del Digesto, los romanistas —y no los juristas romanos— crearon la teoría de la causa en los contratos. Por causa, para estos efectos, debía entenderse la razón de Derecho por la que una persona se constituía en obligada de otra.

B. Código Napoleón

El Código Napoleón dispuso que la causa era una de las condiciones esenciales para la validez del pacto (artículo 1108).

C. Código Civil de 1884

Aparentemente asumió una posición anti-causalista, ya que no incorporó ninguna de las disposiciones del Código Napoleón que aludían a la causa.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Tampoco admitió la doctrina de la causa, por lo que carece de normas que se refieran expresamente a ella.

III. CONCEPTO DE CAUSA Y TEORÍAS SOBRE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS

A. Concepto de causa

Causa es todo ser que influye en otro. Este concepto se originó en la filosofía, por lo que es necesario recurrir a ella para comprenderlo.[1]

Para efectos de nuestro estudio es de particular relevancia la noción de causa final, "aquello para lo cual es algo", ya que comúnmente es el sentido que se atribuye a la palabra "causa" en materia de contratos.

La filosofía escolástica introdujo una distinción en la causa final que nos resultará de suma importancia: la finalidad de la obra —*finis operis*— y la finalidad del operario —*finis operantis*—. La finalidad de la obra es el propósito objetivo y constante de una acción: por ejemplo, el *finis operis* de usar el cinturón de seguridad en un automóvil es aminorar el riesgo de lesiones o de muerte en caso de colisión. La finalidad del operario es el propósito subjetivo y variable de una acción: por ejemplo, un niño puede utilizar el cinturón de seguridad teniendo como *finis operantis* obtener un premio de sus padres.

B. Teorías sobre la causa en los contratos

a) Teoría causalista clásica u objetivista

Pothier[2] configuró el concepto clásico u objetivo de causa contractual a partir de una distinción tripartita:

En los contratos sinalagmáticos la obligación de un contratante tiene por causa la obligación que asume el otro. En la compraventa, la obligación del vendedor de entregar el bien tiene por causa la obligación del comprador de pagar el precio, y viceversa.

En los contratos reales las obligaciones surgen por causa de la entrega de un bien. En el Código Civil francés el mutuo era un contrato real; la obligación del mutuario de restituir otro tanto de los bienes recibidos tenía por causa la entrega que en su momento hizo el mutuante.

En los contratos gratuitos las obligaciones del benefactor tienen por causa su intención liberal. Las obligaciones que derivan de la donación tienen por causa el propósito del donante de favorecer al donatario.[3]

---

[1] Aristóteles, *Física*, Editorial Gredos, España, 1995, pp. 54 y 55.

[2] Pothier, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

[3] El Código Civil español resume las anteriores ideas en un solo artículo:

"Art. 1274.—En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor."

Conforme a lo expresado la causa de los distintos tipos de contratos siempre es objetiva e igual para cada grupo: todas las compraventas, mutuos y donaciones, por ejemplo, comparten la causa que corresponde a su tipo contractual.

b) Teoría anti-causalista

Un sector importante de la Doctrina se pronunció en contra de la teoría causalista clásica, tanto por su deficiente formulación como por su intrascendencia teórica y práctica. Dos de los detractores más elocuentes fueron Planiol y Ripert, quienes la calificaron de falsa e inútil.[4]

Las críticas en contra de la teoría causalista clásica motivaron que ordenamientos como el Código Civil de 1884 y el *BGB* la omitieran por completo.

c) Teoría causalista subjetivista

Según explicamos, la teoría objetivista consideraba que todos los contratos sinalagmáticos, reales y gratuitos tenían, respectivamente, la misma causa. Los Tribunales franceses dotaron a los artículos existentes de un nuevo sentido e indirectamente configuraron una nueva doctrina sobre la causa.

La Jurisprudencia francesa reinterpretó la teoría de la causa, dándole un matiz *subjetivo*, enfocado al motivo o intención de quienes otorgan o celebran actos jurídicos, también denominado "causa impulsiva".

El contraste entre la teoría objetivista y la subjetivista es marcado: la primera presupone un fin objetivo y constante en los contratos del mismo tipo, la segunda concibe fines subjetivos y variables en todos los contratos. Conforme a la filosofía aristotélica-tomista, la teoría objetivista atiende al *finis operis* del contrato, mientras que la subjetivista alude al *finis operantis* de los contratantes.

Expuesta de esta manera, la teoría de la causa logra superar las críticas de los anti-causalistas y se torna una herramienta útil para resolver controversias de Derecho.

IV. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil incorporó la teoría causalista subjetivista de la Jurisprudencia francesa. Sin embargo, sustituyó el vocablo napoleónico de "causa" por los de "fin" o "motivo determinante" de la voluntad:[5]

---

[4] *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, pp. 836 y 837.

[5] Rojina Villegas, t. I, *op. cit.*, p. 335.

ART. 1795.—El contrato puede ser invalidado:...
III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;...

El artículo citado dispone que el contrato puede ser invalidado porque su objeto, motivo o fin sea ilícito. En este numeral las palabras objeto, motivo y fin son utilizadas como sinónimos.

El Código Napoleón disponía que el contrato era ineficaz por tres vicios relacionados con la causa: la falta de causa, la causa falsa y la causa ilícita. A continuación examinaremos la regulación en el Derecho vigente.

A. FALTA DE CAUSA

El Código Civil de 1928, a diferencia de su antecesor francés, no establece ineficacia alguna vinculada con la falta de causa. Posiblemente el legislador consideró que todo acto de voluntad presupone un propósito, por lo que carecería de sentido regular la falta de causa como supuesto distinto a la falta de voluntad o de consentimiento. En este aspecto la legislación vigente se aproxima al criterio del Código Civil de 1884 y del *BGB*.

B. CAUSA FALSA

Los contratos celebrados bajo una causa falsa pueden ser anulados de conformidad con lo siguiente:

ART. 1813.—El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

En el capítulo anterior explicamos que el error de hecho puede recaer en las cualidades del objeto, en las cualidades de las partes *o en sus móviles*. Mencionamos que los motivos o móviles son las consideraciones subjetivas que conducen a una persona a celebrar un contrato y que se refieren a aspectos ajenos a la identidad y a las cualidades del objeto o de la contraparte. En la terminología moderna, la causa falsa equivale al error en los motivos.

Conforme al artículo trascrito para que el error en los móviles comprometa la eficacia del contrato es necesario que recaiga en el motivo determinante de la voluntad y que éste haya sido declarado en el acto de celebración del contrato o pueda probarse por las circunstancias del mismo.

C. CAUSA ILÍCITA

Los contratos celebrados por una causa ilícita son anulables de acuerdo con lo previsto por la fracción tercera del artículo 1795 antes trascrito.

A continuación distinguiremos entre el objeto, motivo o fin de los contratantes y el objeto del contrato y posteriormente analizaremos las repercusiones de la ilicitud en los móviles.

a) DISTINCIÓN ENTRE EL OBJETO, MOTIVO O FIN DE LOS CONTRATANTES Y EL OBJETO DEL CONTRATO

Para comprender el requisito materia de este apartado es necesario distinguir el objeto, motivo o fin de los contratantes del objeto del contrato.

Anteriormente explicamos que el contrato tiene un objeto directo y otro indirecto.[6] El objeto directo es producir consecuencias de Derecho, mientras que el indirecto es el bien que el obligado debe dar, el hecho que debe ejecutar o la abstención que debe observar. Mencionamos también que el artículo 1827 del Código Civil exige que el objeto-hecho y el objeto-abstención sean lícitos.[7]

Por su parte, la fracción tercera del artículo 1795 dispone que el contrato puede ser invalidado "porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito".

La pregunta que debe resolver el intérprete es: ¿en qué difiere el requisito de licitud del objeto-hecho y del objeto-abstención del requisito de licitud del objeto, motivo o fin?

La solución es sencilla: el artículo 1827 se refiere a un objeto totalmente distinto del previsto por el artículo 1795. El primero utiliza la palabra objeto en su acepción de objeto-materia y el segundo la emplea en su acepción de objeto-fin.[8] La licitud regulada por el artículo 1827 consiste en que el hecho o la abstención materia del contrato sean, objetivamente considerados, acordes con las Leyes de orden público y las buenas costumbres. La licitud exigida por el artículo 1795 consiste en que los móviles de las partes sean acordes con las Leyes de orden público y las buenas costumbres. Un par de ejemplos permitirán aclarar esta distinción.

Supóngase que una persona ofrece pagar a otra una suma de dinero a cambio de que robe una pieza de arte en un museo. En este supuesto se contraviene el requisito de licitud previsto por el artículo 1827 del Código Civil, ya que

---

[6] Véase capítulo noveno.

[7] "ART. 1827.—El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:...
II. Lícito."

[8] Véase capítulo tercero.

estamos frente a un hecho que, objetivamente considerado, es contrario a las Leyes de orden público.

Ahora piénsese que una persona paga una suma de dinero para recibir clases avanzadas de computación, con la intención de alcanzar un conocimiento que le permita sustraer recursos de un banco de manera electrónica. En este supuesto se contraviene el requisito de licitud previsto por el artículo 1795, ya que los móviles de una de las partes contravienen las Leyes de orden público, no obstante el objeto-hecho —las clases de computación— es lícito por sí mismo.

El Código Civil reguló de manera confusa ambos requisitos de licitud. Por una parte utilizó la palabra "objeto" para aludir a ambos, cuando lo correcto hubiese sido emplearla exclusivamente para designar el requisito de licitud del objeto del contrato, reservando los vocablos "motivo y fin" para designar el requisito de licitud de los móviles. En términos simples: la regulación sería más clara si el artículo 1795 solo mencionara el "motivo o fin de los contratantes". Por otra parte, el ordenamiento citado normó en un mismo apartado intitulado "Del objeto y del motivo o fin de los contratos" tanto los requisitos que debe satisfacer el objeto del contrato como los que deben cumplir los móviles de los contratantes, lo que añade a la confusión.

No obstante la confusión legislativa, las consideraciones asentadas en este inciso permiten distinguir claramente la ilicitud del objeto del contrato de la ilicitud de los móviles de las partes.

b) REPERCUSIÓN DE LA CAUSA ILÍCITA EN LA EFICACIA DEL CONTRATO

Al estudiar el error en los móviles comentamos que solo afecta la eficacia del contrato si cumple dos requisitos: si recae en el motivo determinante de la voluntad y si fue declarado en el acto de celebración del contrato o puede probarse por las circunstancias del mismo.

En materia de causa ilícita el Código Civil solo exige el primero, es decir, que constituya el motivo determinante de la voluntad de alguna de las partes:

> ART. 1831.—El fin o motivo *determinante* de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

En Doctrina se debate si, en adición a que el móvil ilícito constituya el motivo determinante de la voluntad, es necesario que haya sido expresado al celebrarse el contrato o pueda probarse por las circunstancias del mismo. Un ejemplo permitirá ilustrar la importancia de la conclusión a que se llegue sobre este punto.

Supóngase que dos personas celebran un contrato de compraventa respecto de una casa habitación. El motivo determinante de la voluntad del vendedor es recibir el precio para invertirlo en otro inmueble, mientras que el del comprador es adquirir la casa habitación para mantener en ella a personas secuestradas. Al perfeccionarse el contrato el comprador no declara su móvil ilícito ni tampoco puede probarse por las circunstancias de su celebración. ¿Podría algún interesado demandar la nulidad de la compraventa con base en el motivo o fin ilícito del comprador?

Una interpretación literal del Código Civil conduciría a una respuesta afirmativa, ya que a diferencia de lo previsto en materia de error, respecto de la causa ilícita no se exige que se declare al celebrarse el contrato o que pueda probarse por sus circunstancias.

En nuestra opinión debe resolverse por la negativa, con base en una interpretación analógica de las disposiciones que regulan el error. Por justicia y seguridad de tráfico no deben anularse los contratos en los que alguna de las partes no tuvo posibilidad de conocer la intención ilícita de la otra.[9]

---

[9] En sentido similar BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 134.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

FORMA

I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento es un elemento indispensable para que haya contrato. Sin embargo, en ocasiones no basta su presencia para que el negocio sea enteramente eficaz, sino que además debe manifestarse de una manera específica.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano el formalismo fue la regla y el consensualismo la excepción.

B. DERECHO CANÓNICO

El Derecho Canónico realizó importantes contribuciones a fin de eliminar el formalismo en los contratos.

Las aportaciones de la Doctrina Eclesiástica desembocaron en la adopción del principio *pacta sunt servanda* —los pactos deben respetarse—, opuesto al romano *nuda pactio obligationem non parit* —el nudo pacto no produce obligación—.

C. CÓDIGO NAPOLEÓN

El Derecho francés, influenciado tanto por el Derecho Canónico como por el consuetudinario,[1] impuso el consensualismo como regla y el formalismo como excepción.

---

[1] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 821 y 822.

D. Código Civil de 1884

En materia de forma existió una distinción entre el Código Civil de 1870 y el de 1884: el primero, más apegado al Código Napoleón, no aludió a la observancia de formalidades como requisito de "validez" del contrato, el segundo sí la exigió. Este cambio fue intencionado:[2] el legislador de 1884 adujo que si bien nominalmente el consensualismo era la regla general, en la regulación especial de los contratos se imponían formalidades para la celebración de la mayoría de los contratos, lo que resultaba contradictorio.

E. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

No incluye disposición alguna que establezca expresamente el principio de consensualidad. Sin embargo, en opinión de la Doctrina alemana éste es el que rige.[3]

III. CONCEPTO Y TIPOS DE FORMA

Forma es la manera de manifestar la voluntad.

De mayor a menor grado de abstracción pueden distinguirse tres categorías de formas: las primarias, las secundarias y las terciarias.

A. Forma primaria

La forma primaria es la manera más abstracta y elemental de exteriorizar la voluntad: expresa o tácitamente:

> Art. 1803.—El consentimiento puede ser expreso o tácito...

B. Forma secundaria

La forma secundaria resulta de la sub-clasificación de la forma expresa y permite distinguir entre forma verbal, forma escrita y forma por signos inequívocos:

> Art. 1803.—El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos...

[2] Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

[3] *Cfr.* Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 1, *op. cit.*, p.119.

De los tres tipos de formas secundarias solo amerita mayor comentario la forma escrita.

La Teoría General de las Obligaciones prevé que siempre que se exija la forma escrita, deberá observarse lo siguiente:

> Art. 1834.—Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.
>
> Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

A continuación examinaremos separadamente el contenido del numeral trascrito.

a) FIRMA

Conforme al primer párrafo del artículo 1834 los documentos en que se hagan constar contratos "deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación". Es necesario determinar qué debe entenderse por firma y quiénes deben firmar los documentos respectivos.

1. *Concepto de firma*

El Código Civil no prevé concepto alguno de firma. Anteriormente la Doctrina la definía como el signo emanado del puño y letra de una persona que permite vincularla con un documento. La contratación por medios electrónicos hizo necesaria la elaboración de un concepto más amplio.

Firma, conforme al Derecho vigente, es un signo que permite atribuir a una persona la autoría de un documento o su participación en un acto o en un hecho[4] plasmado en él.

La firma puede ser de dos tipos: autógrafa o electrónica. La firma autógrafa responde al concepto tradicional de firma: "signo emanado del puño y letra de una persona que permite vincularla con un documento". La firma electrónica ha sido definida de diversas maneras, según el ordenamiento que la regula (art. 2° f. IX de la Ley de Firma Electrónica del Distrito Federal y 89 del Código de Comercio).

Es importante mencionar que en ocasiones la Ley y la Doctrina aluden a la rúbrica, media firma o firma incompleta, que es una parte de la firma autógrafa y debe asentarse en los casos que lo ordene una norma jurídica. En la práctica es

[4] Por ejemplo, el testigo de una declaración efectuada ante fedatario debe asentar su firma en el acta en que se haga constar aquélla.

común que los contratantes rubriquen cada una de las hojas que integran un contrato y asienten en la última su firma autógrafa completa.

2. *Personas que deben firmar los documentos*

El primer párrafo del artículo 1834 del Código Civil dispone que los documentos relativos deben ser firmados "por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación", lo que haría suponer que cuando la Ley exige la forma escrita, indica quiénes son las personas obligadas a suscribirlos. En la gran mayoría de los casos, sin embargo, esto no acontece: el legislador se limita a ordenar que un contrato conste por escrito sin señalar quiénes deben firmarlo.

En nuestra opinión la interpretación que debe darse al numeral indicado es que deben asentar su firma todas las personas que, por disposición de Ley, intervengan en la elaboración del documento o en la celebración del contrato, lo que incluye a las partes, a los testigos y a cualquier otra persona que se ubique en los supuestos mencionados. Fundamos nuestra interpretación en un argumento de reducción al absurdo: de seguir literalmente la letra de la Ley, solo se firmarían un número muy reducido de documentos.

b) HIPÓTESIS EN QUE UNA PERSONA NO PUEDE O NO SABE FIRMAR

El segundo párrafo del artículo 1834 establece que cuando alguna de las personas que deben firmar un documento no pueda o no sepa hacerlo, "lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó".

La persona que firma en sustitución de otra suele denominarse "testigo que firma a ruego". En la Teoría General de las Obligaciones no se prevén limitantes acerca de quién puede firmar a ruego, por lo que incluso podría hacerlo la contraparte de quien no puede o no sabe firmar. El "interesado que no firmó" debe imprimir su huella digital en el documento.

C. FORMA TERCIARIA

Las formas terciarias comprenden las *modalidades* de las formas secundarias, principalmente de la verbal y de la escrita. Son supuestos particulares en que éstas se manifiestan.

La principal modalidad de la forma verbal es la forma verbal ante testigos.

La forma escrita posee una amplia gama de modalidades. De menor a mayor rigor pueden citarse las siguientes: escrito privado otorgado ante testigos (artículo 2556), escrito privado ratificado ante fedatario (artículo 2321), escrito

privado otorgado ante testigos y ratificado ante fedatario (artículo 2555), escritura pública (artículo 2344) y escritura pública otorgada ante testigos (artículo 1513).

La diferencia esencial entre el escrito privado y la escritura pública reside en que el primero es redactado por los interesados o por sus abogados, en tanto que la segunda es elaborada y autorizada por el Notario con sujeción a la Ley de la materia.

IV. DISTINCIÓN ENTRE FORMA, FORMALIDAD Y SOLEMNIDAD

Anteriormente mencionamos que forma es la manera de manifestar la voluntad. Este concepto debe distinguirse de los de formalidad y solemnidad.

Formalidad es el requisito de forma que la Ley establece *para la validez de un acto jurídico*. Solemnidad es el requisito de forma que la Ley establece *para que haya acto jurídico*. En otras palabras, solemnidad es la forma elevada a elemento de esencia.[5]

Mientras que la falta de cumplimiento de una formalidad ocasiona la anulabilidad del contrato, el incumplimiento de una solemnidad ocasiona que no haya contrato.

También es importante aclarar que si bien todos los contratos revisten una forma, no todos deben satisfacer una formalidad o una solemnidad. En efecto, todos los contratos guardan una forma, ya que en todos debe manifestarse la voluntad. La necesidad de que el consentimiento deba exteriorizarse tiene como consecuencia lógica que todos los contratos tengan forma.[6] Sin embargo, no todos deben cumplir formalidades o solemnidades: solo cuando la Ley exija que el consentimiento sea exteriorizado de una manera específica podrá afirmarse que existen aquéllas.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS POR SU FORMA

La "clasificación de los contratos por su forma" utiliza como criterio de distinción la necesidad de que un contrato deba o no satisfacer requisitos de for-

---

[5] BONNECASE, *op. cit.*, p. 769.

[6] Verbigracia, la Ley no exige requisito de forma alguno para la compraventa de bienes muebles (artículo 2316).

ma para ser eficaz. Este criterio permite distinguir cuatro tipos de contratos: los consensuales, los formales, los reales y los solemnes.

A. Contratos consensuales

Son consensuales los contratos que no deben cumplir formalidad o solemnidad alguna.

El Código Civil acogió el consensualismo como regla y el formalismo como excepción, en concordancia con lo desarrollado en los antecedentes de este capítulo. Existen dos artículos que permiten fundamentar lo anterior. El primero es el 1796:

> Art. 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley...

El numeral citado establece que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento". Es importante aclarar que el *perfeccionamiento* de un contrato equivale a *que haya contrato* y no a que hayan sido cumplidas las obligaciones derivadas de él. Los contratos se perfeccionan antes de que las partes cumplan las deudas a su cargo.

El segundo es el artículo 1832:

> Art. 1832.—En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Sobra decir que un artículo era suficiente para establecer el principio de consensualidad. El artículo 1832 constituye una repetición innecesaria de lo previsto por el 1796.

El principio de consensualidad es de suma relevancia, ya que mientras no exista una disposición legal que ordene que un contrato sea celebrado de acuerdo a una forma específica, cualquier forma debe ser admitida.

Cabe mencionar que la Doctrina contemporánea[7] ha resaltado la misma incongruencia que en su momento expusieron los comentaristas del Código Napoleón y de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884. El Código Civil vigente, aunque consensualista en la Teoría General de las Obligaciones, es preponderantemente formalista en la regulación de los contratos en particular.

[7] En este sentido Domínguez Martínez, *Derecho Civil: Parte General...*, *op. cit.*, p. 618; Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 109.

B. Contratos formales

Son formales los contratos que deben satisfacer requisitos de forma para ser válidos. La conceptualización de la forma como requisito de validez se encuentra prevista en el siguiente numeral:

> Art. 1795.—El contrato puede ser invalidado:...
> IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Algunos juristas definen el contrato formal como aquel que debe celebrarse por escrito,[8] lo que es objetable porque en el plano teórico "formalidad" es cualquier requisito de forma y no solo la escrita.

C. Contratos reales

Son reales los contratos que se perfeccionan mediante la entrega de un bien. El único contrato real que mantiene la legislación vigente es el de prenda:

> Art. 2858.—Para que se tenga por constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente.

Es de la esencia de los contratos reales que la falta de entrega del bien ocasione la falta de contrato.

D. Contratos solemnes

Son solemnes los contratos que deben satisfacer requisitos de forma para tener esencia.

Si bien la solemnidad no es uno de los elementos esenciales del contrato previstos por el artículo 1794, se afirma que el legislador le confirió tal carácter en la siguiente disposición:

> Art. 2228.—*La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes*, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, *produce la nulidad relativa del mismo.*

Conforme al artículo trascrito la falta de forma establecida por la Ley, si no se trata de actos solemnes, produce la nulidad relativa del acto. A *contrario sensu*, la falta de forma establecida por la Ley, tratándose de actos solemnes,

[8] En este sentido Rojina Villegas, t. I, *op. cit.*, p. 344; Domínguez Martínez, *Derecho Civil: Parte General...*, *op. cit.*, p. 619.

produce una consecuencia distinta de la nulidad relativa. La consecuencia debe ser, en congruencia con el concepto de solemnidad, la falta de contrato.

La opinión dominante en la Doctrina mexicana es que actualmente no existen contratos solemnes.[9]

VI. ACCIÓN *PRO FORMA*

La *actio pro forma* permite a uno de los contratantes demandar al otro la formalización del contrato para el caso de que hayan incumplido un requisito de forma. Es una innovación del legislador de 1928 y se encuentra regulada en dos artículos:

> ART. 1833.—Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.
>
> ART. 2232.—Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

A continuación analizaremos los requisitos de procedencia de la *actio pro forma* y las consecuencias de su ejercicio.

A. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Conforme a los artículos 1833 y 2232 anteriormente citados, el ejercicio de la acción *pro forma* está supeditado al cumplimiento de dos requisitos: que la voluntad conste de manera fehaciente o indubitable y que el contrato cuya formalización se demande no sea revocable.

B. CONSECUENCIAS DEL EJERCICIO

El ejercicio de la *actio pro forma* puede dar lugar a que se condene al demandado a cumplir las formalidades omitidas.

Conforme al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, si el condenado se niega a otorgar un instrumento, en su rebeldía podrá otorgarlo el Juez (art. 517 f. III).

[9] ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, pp. 338, 359 y 362; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 47 y 48; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *Derecho Civil: Parte General...*, *op. cit.*, p. 555.

VII. FORMA CONVENCIONAL

Forma convencional es el requisito de forma acordado por las partes para la celebración de un contrato, superior al exigido por la Ley.

Las formas convencionales también son denominadas "formalidades en exceso"[10] y no alteran de modo alguno la esencia y validez del contrato.

En la práctica es común que los contratantes decidan celebrar un negocio con arreglo a una forma específica que no es ordenada por la Ley. Por ejemplo, es común que el contrato de mutuo, legalmente consensual, sea celebrado por escrito o incluso en escritura pública.

El empleo de formas convencionales persigue dos objetivos: pre-constituir medios probatorios para el caso de litigio y generar documentos que permitan el acceso a vías procesales ejecutivas.

[10] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *Derecho Civil: Parte General...*, *op. cit.*, p. 622.

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO

REPRESENTACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La representación es una institución jurídica de gran utilidad: permite celebrar actos cuando no se puede o no se desea estar presente en un lugar, dota de funcionalidad jurídica a las personas morales y a las personas físicas que carecen de capacidad de ejercicio y provee una solución a la impericia de algunas de éstas.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

El Derecho Romano no admitió la representación directa por regla general.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Napoleón se apartó del Derecho Romano y permitió la representación por regla general.[2]

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Siguió al Código Napoleón y admitió la representación como regla general (artículo 1283).

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Admitió la representación y dedicó un Título entero a regularla.

---

[1] SOHM, *op. cit.*, p. 135.
[2] GAUDEMET, *op. cit.*, p. 226.

III. CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

La representación es una institución jurídica que permite a una persona llamada representante, participar en actos y hechos jurídicos a nombre y por cuenta de otra llamada representado, cuyos efectos impactan directa e inmediatamente en la esfera jurídica de éste.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Institución jurídica

La representación es una institución jurídica.[3] Utilizamos la palabra institución en el sentido que le atribuía el maestro García Máynez: "núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza".[4]

- Permite a una persona llamada representante

La persona que actúa en lugar de otra recibe el nombre de representante.

- Participar en hechos y actos jurídicos

La función principal de la representación es permitir que una persona celebre *actos jurídicos* por conducto de otra. La mayoría de los casos de representación tiene lugar respecto de *actos*.

- A nombre

Para que haya representación es necesario que el representante obre a nombre del representado, es decir, que se ostente como representante frente a terceros. Esto se conoce como *contemplatio domini* y es un requisito indispensable para que los derechos y obligaciones que produzcan los actos celebrados por el representante afecten directa e inmediatamente la esfera jurídica del representado.

- Por cuenta

Todo representante, además de actuar a nombre del representado, obra por su cuenta.

Que el representante obre por cuenta del representado significa que el cómputo de los efectos que produzcan los actos celebrados tendrá lugar en la esfera del último.[5]

Conviene aclarar que todo el que actúa a nombre de una persona obra también por su cuenta, más no todo el que actúa por cuenta de otro obra también

[3] BONNECASE, *op. cit.*, pp. 169 y 170.
[4] GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 128.
[5] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *Derecho Civil: Contratos*, *op. cit.*, p. 523.

a su nombre. En el Derecho Romano la regla general fue que el "representante" actuara por cuenta del "representado", pero no a su nombre. El "representante" no se ostentaba como tal frente a terceros, sin embargo, todo cuanto adquiría se computaba en el patrimonio del "representado" y le era posteriormente transmitido por un acto idóneo. Una situación similar ocurre actualmente con el mandato sin representación (artículos 2560 y 2561).

- Representado

La persona a cuyo nombre y por cuya cuenta se actúa recibe el nombre de representado.

- Efectos impactan directa e inmediatamente

La nota característica de la representación es que los efectos de los actos celebrados por el representante impactan directa e inmediatamente en la esfera del representado.

- Esfera jurídica

Los actos celebrados por el representante pueden influir tanto en la persona como en el patrimonio del representado, los que constituyen su esfera jurídica.

Por ejemplo, el matrimonio celebrado a través de representante incide tanto en la persona como en los bienes del representado. En cambio, la compraventa celebrada por representante solo afecta el patrimonio del representado.

IV. CLASIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

Por la injerencia de la voluntad en ella la representación puede ser voluntaria, legal u orgánica.

A. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Es voluntaria la representación que tiene su fuente en la voluntad y que permite al representado elegir la persona del representante y las reglas conforme a las que actuará.

La representación voluntaria tiene su fuente en la voluntad, lo que significa que el representado es quien faculta a otro a obrar a nombre y por cuenta suya. La facultad de representación se confiere por medio del otorgamiento de un acto jurídico.

En materia Civil los actos que originan representación voluntaria son el poder y el mandato.

B. Representación legal

Es legal la representación que tiene su fuente en la Ley y que, por regla general, no permite elegir la persona del representante ni las reglas conforme a las que actuará.

La representación legal surge por disposición de Ley, lo que significa que ésta es la que faculta a una persona a obrar a nombre y por cuenta de otra. Esta clase de representación fue instituida con base en la *necesidad* que tienen algunas personas de ser representadas, a fin de gozar de funcionalidad jurídica.

Ejemplos de representantes legales son los ascendientes que ejercen la patria potestad (artículo 425), los tutores (artículo 537 f. V) y los representantes de los ausentes (artículo 660).

C. Representación orgánica

La representación orgánica es la que ejercen quienes desempeñan un cargo necesario previsto por la ley para una persona moral. Es la encomendada a las personas que componen sus diversos "órganos".

Su nombre proviene de las teorías organicistas sobre la existencia y justificación de las personas morales[6] y se ha considerado un punto intermedio entre la representación voluntaria y la legal.[7]

La representación orgánica comparte con la voluntaria el que pueda elegirse la persona del representante así como las reglas conforme a las que actuará. Comparte con la legal la *necesidad* de que alguien obre a nombre y por cuenta del representado.

En nuestra opinión la denominación "representación orgánica" debería sustituirse por la de "representación de las personas morales", en virtud del descrédito que padecen las teorías organicistas.

V. Regulación de la representación en la Teoría General de las Obligaciones

La Teoría General de las Obligaciones regula dos aspectos sobre la representación: los actos jurídicos en que puede haber y las consecuencias de su falta.

[6] Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 333.
[7] Zamora y Valencia, *op. cit.*, p. 281.

A. Actos jurídicos en que puede haber representación

Por regla general la representación puede verificarse respecto de cualquier acto jurídico:

> Art. 1800.—El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado.

El artículo trascrito establece la representación como posibilidad general y la actuación personal como excepción. Debe criticarse que se refiera al representante como "otro legalmente autorizado", ya que hace suponer que solo existe la representación legal. Hubiese sido más adecuada la frase "otro autorizado por él o por la Ley".

Los actos jurídicos que no pueden celebrarse a través de representante reciben el calificativo de "personalísimos" y se encuentran enunciados limitativamente por la Ley.[8] Es importante enfatizar que mientras no haya una disposición legal que ordene que un acto jurídico sea otorgado de manera personal, podrá realizarse por medio de representante.

B. Consecuencias de la falta de representación

La Ley prohíbe la actuación a nombre de otro por quien carece de facultades para representarlo:

> Art. 1801.—Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.

Las consecuencias que siguen a la falta de representación se encuentran reguladas en el siguiente numeral:

> Art. 1802.—Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.
>
> Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.

La norma anotada regula dos aspectos distintos: la sanción que corresponde a los contratos celebrados a nombre de otro por quien carece de facultades para ello y su ratificación.

[8] Algunos ejemplos son el testamento (artículo 1295) y el otorgamiento de documento de voluntad anticipada (art. 7 f. I de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal).

En lo relativo a la sanción, la Ley determina que los contratos respectivos serán *nulos*. Desde el punto de vista doctrinal esta solución es incorrecta, ya que cuando una persona actúa a nombre de otra sin estar facultada para ello, no puede haber contrato por falta de consentimiento.[9]

En lo referente a la ratificación, su posibilidad es consecuencia de la equivocación cometida por el legislador al definir la sanción. Solo pueden ratificarse los actos que gozan de esencia, si no hay acto, ¿cómo puede ratificarse?

El último párrafo del artículo 1802 concede al otro contratante el derecho de exigir una indemnización a quien indebidamente contrató, para el caso de que no se obtenga la "ratificación". Este párrafo es innecesario, ya que el derecho a la indemnización resulta de la comisión de un hecho ilícito por el "falso representante" (artículo 1910).

El artículo 1802 estaría correctamente formulado si dispusiera: "cuando alguien pretenda celebrar un contrato a nombre de otro sin estar facultado para ello, no habrá contrato. La persona a cuyo nombre se pretendió celebrar podrá optar por manifestar su consentimiento y celebrarlo antes de que se retracte la otra parte".

Los órganos jurisdiccionales han incurrido en los mismos errores que el legislador, en lugar de corregirlos.[10]

VI. CONTRATO CONSIGO MISMO

A. Concepto

El contrato consigo mismo es aquel en que una parte actúa por derecho propio y en representación de otra, o bien, en que una misma persona actúa a nombre y por cuenta de dos o más partes.

Conforme a la definición indicada existen dos hipótesis de contrato consigo mismo: la primera tiene lugar cuando una persona actúa por sí y en representación de otra;[11] la segunda se verifica cuando una persona obra en representación de dos o más partes.[12]

[9] Supóngase que Juan "vende" a Luis el automóvil de Pedro sin estar facultado para ello. Si Juan carece de facultades para representar a Pedro ¿cómo puede afirmarse que hay compraventa? ¿En qué momento Pedro manifestó su voluntad? Si el consentimiento es elemento esencial de los contratos, su ausencia solo puede traducirse en la falta de contrato.

[10] Tesis de rubro: "CONTRATOS. SE AFECTAN DE NULIDAD RELATIVA CUANDO SON CELEBRADOS POR FALSO REPRESENTANTE O TRASPASANDO LOS LÍMITES DEL PODER CONFERIDO, SIN QUE SE RATIFIQUE POR EL MANDANTE", Novena Época, Registro: 172566, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XXV, mayo de 2007, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 7/2007, Página:251.

B. Problemática

La problemática principal del contrato consigo mismo no se relaciona con su naturaleza jurídica, sino con la posibilidad de que el representado incurra en un conflicto de intereses.

Verbigracia, en un contrato de compraventa lo ordinario es que el vendedor espere recibir el mayor precio posible y el comprador pagar el menor. Si una persona actúa como vendedor por derecho propio y como comprador en representación de otra se suscitará un evidente conflicto de intereses: como vendedor querrá recibir el mayor precio y como comprador pagar el menor. Las más de las veces, el representante velará por la satisfacción de su interés en perjuicio del representado.

C. Regulación en el Código Civil para el Distrito Federal

El Código Civil para el Distrito Federal, no previó una disposición general sobre el contrato consigo mismo, pero lo prohibió en casos específicos (artículos 440, 569 y 2280).

D. Conclusiones

El Código Civil debería prever disposiciones generales sobre el contrato consigo mismo en la Teoría General de las Obligaciones. Ante la falta de una regulación general es necesario distinguir dos clases de supuestos: aquellos en que la celebración del contrato consigo mismo está expresamente prohibida por la Ley y aquellos en que no la está.

Tratándose de los supuestos en que la Ley prohíbe expresamente la celebración del contrato consigo mismo, consideramos que debe seguirse el criterio aportado por la legislación italiana:

> ART. 1395.—Contrato consigo mismo. El contrato que el representante concluye consigo mismo, bien en nombre propio o como representante de otra de las

[11] Por ejemplo, piénsese que en un contrato de compraventa Luis actúa como vendedor por derecho propio y como comprador a nombre y por cuenta de Juan.

[12] Volviendo al ejemplo de la compraventa, piénsese que Luis es el representante de Juan y de Pedro y que celebra el contrato entre ellos.

partes, es anulable, a menos que el representado lo haya autorizado expresamente, o que el contenido del contrato se haya fijado de tal modo que se excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

Partiendo de lo dispuesto por el artículo transcrito, no obstante exista una disposición legal para la celebración del contrato consigo mismo, este podrá celebrarse cuando el representado lo autorice expresamente o cuando su contenido se haya fijado de manera que excluya un conflicto de intereses.

En lo relativo a los supuestos en que la Ley no prohíbe la celebración del contrato consigo mismo, consideramos que podrá celebrarse incluso cuando pueda suponerse un conflicto de intereses. Las disposiciones que prohíben la celebración del contrato consigo mismo solo pueden aplicarse a los casos expresamente regulados, por constituir excepciones a la libertad de contratación (artículo 11).

Capítulo Décimo Quinto

PRINCIPIOS GENERALES DE LOS CONTRATOS

I. INTRODUCCIÓN

Los principios generales de los contratos son el último criterio conforme al que deben interpretarse. Son las premisas en que descansa su operatividad general.

II. CONCEPTO DE PRINCIPIO

Un número importante de conceptos jurídicos fueron tomados de la Filosofía, como los de "voluntad" y "libertad". La noción de principio también proviene de esta disciplina. Aristóteles lo concibió como lo que da el primer conocimiento de una cosa, las premisas de las demostraciones.[1]

III. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

A. Concepto

La autonomía de la voluntad es la posibilidad que el ordenamiento jurídico concede a los particulares para producir normas de Derecho a partir de la manifestación de su voluntad. En materia contractual se expresa de la siguiente manera: "la suprema Ley de los contratos es la voluntad de las partes".

B. Fundamentación en el Código Civil

El Código Civil vigente prevé el principio de autonomía de la voluntad en dos artículos. Uno se ubica en el Capítulo reservado a la regulación general de los contratos:

Art. 1839.—Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes...

[1] Aristóteles, *Metafísica*, Libro V, c. I.

La norma citada autoriza a los contratantes a "poner las cláusulas que crean convenientes", lo que equivale a dotarlos de potestad para moldear sus relaciones de Derecho.

El otro artículo que prevé el principio de autonomía de la voluntad se ubica dentro de las Disposiciones Preliminares del Código Civil:

> ART. 6.—La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

El numeral trascrito, además de servir de fundamento al principio de autonomía de la voluntad, establece sus dos límites: el orden o interés público y los derechos de tercero.

C. CONCEPTO Y TIPOS DE CLÁUSULAS

a) CONCEPTO DE CLÁUSULA

Cláusula es una norma jurídica individualizada creada por uno o más particulares para regular una relación en la que participan.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Norma jurídica

Las cláusulas son normas jurídicas, son reglas de Derecho que gozan de protección por el ordenamiento jurídico.

- Individualizada

Conforme a la Teoría General del Derecho las normas jurídicas pueden ser generales o individualizadas en función de su ámbito personal de validez.[2]

- Creada por uno o más particulares

Las cláusulas son creadas por uno o más particulares. En los actos jurídicos unilaterales-unipersonales interviene un solo sujeto. En los unilaterales-pluripersonales, en los bilaterales y en los plurilaterales intervienen dos o más.

- Para regular una relación jurídica en la que participan

Las cláusulas regulan la conducta de quienes participan en una relación jurídica. Este rasgo, así como el hecho de que son creadas por particulares, permite distinguirlas de otras normas jurídicas individualizadas, como las contenidas en las resoluciones de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales.

[2] *Cfr.* BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed., Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 284.

b) TIPOS DE CLÁUSULAS

1. *Cláusulas esenciales*

Son aquellas que deben pactarse para que se entienda formado el consentimiento. Por ejemplo, en el contrato de compraventa, las que aluden al precio y a la cosa.

Las cláusulas esenciales cumplen dos funciones: revelan la existencia de una voluntad encaminada a producir consecuencias de Derecho y determinan el objeto del acto.

Sobre las cláusulas esenciales el Código Civil prevé lo siguiente:

> ART. 1839.—Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; *pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato*, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, *se tendrán por puestas aunque no se expresen*, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

El artículo trascrito ha sido criticado por establecer que las cláusulas que se refieran a los requisitos esenciales del contrato "se tendrán por puestas aunque no se expresen". Esto se opone al concepto mismo de cláusula esencial: la que debe ser otorgada o pactada *para que haya contrato*. La falta de una cláusula esencial debe tener como consecuencia la falta de contrato y no la aplicación supletoria de la Ley.

2. *Cláusulas naturales*

Son naturales las cláusulas que la Ley aplica supletoriamente al contrato en caso de no ser pactadas por las partes.

Las cláusulas naturales versan sobre aspectos secundarios del contrato y no sobre sus elementos esenciales. Por ejemplo, si una persona acuerda prestarle dinero a otra, el monto del préstamo constituiría un elemento esencial y sería objeto de una cláusula esencial; por el contrario, el lugar y tiempo de la restitución constituirían elementos secundarios y serían objeto de cláusulas naturales.

Conforme al artículo 1839 antes trascrito, las cláusulas que sean consecuencia de la naturaleza ordinaria del contrato se tendrán por puestas aunque no se expresen, *a menos que sean renunciadas en los casos que permita la Ley*. La posibilidad de que sea renunciado el régimen preestablecido por las cláusulas naturales confirma su carácter supletorio. Volviendo al ejemplo del préstamo de dinero, la Ley prevé reglas acerca de dónde y cuándo debe efectuarse la restitu-

ción (artículos 2385 y 2387), sin embargo, las partes pueden renunciar a su aplicación y acordar otras distintas.

3. *Cláusulas accidentales*

Son accidentales las cláusulas que necesariamente deben ser pactadas para regir al contrato.

Las cláusulas accidentales son contingentes, ya que pueden o no integrar el contrato. Si las partes no las pactan, la Ley no las aplica supletoriamente.

Los ejemplos más comunes de cláusulas accidentales son las que establecen modalidades a los efectos del contrato (como condiciones o términos), las que imponen sanciones a los contratantes en caso de incumplimiento (cláusulas penales) y las que conceden derechos de preferencia en sentido estricto.

IV. PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD

A. Concepto

El principio de obligatoriedad de los contratos es el que sujeta a las partes a cumplir las deudas asumidas en virtud de su celebración.

Los contratantes deben cumplir las obligaciones contraídas, de lo contrario les podrán ser exigidas coactivamente —en la medida de lo posible— e incurrirán en responsabilidad civil.

Algunos juristas se refieren al principio de obligatoriedad de los contratos con la expresión *pacta sunt servanda.*

B. Fundamentación en el Código Civil

Como fundamento del principio de obligatoriedad comúnmente se cita la siguiente disposición:

> Art. 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. *Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes...*

V. PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD

A. Concepto

El principio de intangibilidad de los contratos consiste en que su contenido y subsistencia no pueden ser alterados unilateralmente. Este principio es consecuencia del de obligatoriedad, por lo que algunos autores los estudian como uno mismo.[3]

La palabra intangible significa "que no debe o no puede tocarse"[4] y es utilizada metafóricamente para representar la idea de que un solo contratante no puede "tocar" el contenido y la subsistencia del negocio.

Conviene aclarar que si bien los contratos no pueden ser modificados o terminados por una de las partes, sí pueden serlo *por ambas.* La alteración o terminación del contrato será procedente cuando todos los contratantes estén de acuerdo con ella. Consecuentemente, el principio materia de este apartado debería denominarse "de intangibilidad unilateral" y no solo de intangibilidad.

B. Fundamentación en el Código Civil

El principio de intangibilidad de los contratos se encuentra previsto en la siguiente disposición:

> Art. 1797.—La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

La redacción del artículo 1797 no es del todo afortunada, ya que alude a la "validez" y al "cumplimiento" de los contratos en lugar de a su *contenido* y *subsistencia.*

La validez de los contratos no puede quedar al arbitrio ni de uno ni de todos los contratantes: solo la Ley puede establecer supuestos de nulidad y solo el órgano jurisdiccional puede pronunciar que se han actualizado. A su vez, el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes en virtud del principio de obligatoriedad.

En nuestra opinión el artículo 1797 debió referirse al *contenido* y a la *subsistencia* del contrato, de manera que impida que una de las partes pueda modificar unilateralmente sus efectos o decidir su duración.

C. Excepciones al principio de intangibilidad

En la regulación de los contratos en especial existe pluralidad de normas que autorizan a una de las partes a dar por terminado el contrato o algunos de sus efectos. Por ejemplo, en el contrato de donación el donante puede revertir sus efectos unilateralmente por superveniencia de hijos o por ingratitud especial del donatario (artículos 2359 y 2370).

---

[3] Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, pp. 585-590; Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 276-280; Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 173.

[4] Conforme al diccionario de la Real Academia Española.

VI. PRINCIPIO DE RELATIVIDAD

A. Concepto

El principio de relatividad ordena que los contratos solo obligan y conceden derechos a las partes y no a terceros. En latín se enuncia: *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest.*

Por *parte* debe entenderse la persona que celebra un contrato por sí o a través de representante. Por *tercero* debe entenderse la persona que no celebra un contrato determinado ni por sí ni a través de representante.

B. Fundamentación en el Código Civil

En el Código Civil vigente existen cuando menos dos fundamentos del principio de relatividad de los contratos.

El primero se ubica en el artículo 6° anteriormente trascrito, que dispone que los derechos privados solo pueden renunciarse cuando no se perjudiquen derechos de tercero.

El segundo se encuentra en el artículo 1796, que establece:

> Art. 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan *obligan a los contratantes*...

A *contrario sensu* el numeral citado dispone que los contratos no obligan a personas *distintas de los contratantes.*

C. Excepciones al principio de relatividad

Desde el punto de vista teórico las excepciones al principio de relatividad de los contratos son de tres tipos: las que conceden derechos en favor de terceros, las que imponen obligaciones a cargo de terceros y las que conceden e imponen derechos y obligaciones a terceros, respectivamente.

a) Excepciones que conceden derechos en favor de terceros

El Derecho moderno superó el dogma romano consistente en que las personas no pueden intervenir en patrimonios ajenos en provecho o en perjuicio de sus titulares. Actualmente se permite que los actos celebrados por unos repercutan en el patrimonio de otros *siempre que adicionen derechos y no obligaciones.*

Los contratos que contienen estipulaciones a favor de tercero son la aplicación más común de la regla indicada.

b) Excepciones que imponen obligaciones a cargo de terceros

Las excepciones al principio de relatividad que imponen obligaciones a terceros solo pueden emanar de la Ley. Estas excepciones son escasas.[5]

c) Excepciones que conceden derechos e imponen obligaciones a terceros

La causahabiencia es una excepción al principio *res inter alios acta* que puede conceder derechos e imponer obligaciones a personas que no fueron parte en un contrato.

Causahabiencia es la sustitución de una persona por otra en una relación jurídica. La persona que originalmente integraba la relación jurídica recibe el nombre de causante. La persona que sustituye al causante recibe el nombre de causahabiente.

Por el alcance de sus efectos la causahabiencia se clasifica en universal y particular.

En la causahabiencia a título universal el causahabiente sustituye al causante en una universalidad jurídica. El causahabiente a título universal puede adquirir derechos y/o obligaciones procedentes de contratos en los que no fue parte. Los supuestos más comunes de causahabiencia a título universal son la herencia y la fusión de sociedades.

En la causahabiencia a título particular el causahabiente sustituye al causante en derechos y/o obligaciones específicos. El causahabiente a título particular puede adquirir derechos generados por contratos en los que no fue parte (como ocurre con la cesión de derechos y con la subrogación); puede adquirir obligaciones (como ocurre con la cesión de deuda); o puede adquirir derechos y obligaciones (como ocurre con la cesión de contrato).

VII. PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD

A. Concepto

El principio de oponibilidad prescribe que los terceros deben respetar los efectos jurídicos originados por el contrato.

---

[5] En materia de alimentos véase el artículo 322.

Que los terceros deban respetar las consecuencias producidas por el contrato no significa que estén obligados a cumplir las deudas o que puedan ejercer los derechos derivados de él, sino que deben reconocer su existencia y abstenerse de interferir en su desenvolvimiento.[6]

B. Requisitos que deben satisfacerse para lograr la oponibilidad del contrato

Por regla general los contratos son oponibles contra terceros por su sola celebración, sin que deba satisfacerse requisito alguno.[7] Solo cuando la Ley exige requisitos adicionales para la oponibilidad del contrato deberán observarse a fin de lograrla.

El requisito más común es la inscripción del contrato en un Registro Público. Sin embargo, puede haber otros requisitos como la necesidad de que tenga fecha cierta o de que se notifique su celebración a alguna persona.

Es importante no confundir los elementos esenciales y de validez del contrato con los requisitos de oponibilidad. *Solo los primeros condicionan la existencia y validez del negocio.*

El contrato que cumple los elementos esenciales y de validez, pero no satisface los requisitos de oponibilidad, surte todos sus efectos entre las partes y es plenamente existente y válido. *La única consecuencia del incumplimiento de un requisito de oponibilidad es que los terceros de buena fe no estarán obligados a reconocer las consecuencias jurídicas producidas por el contrato.*

C. Excepciones al principio de oponibilidad

La hipótesis más común en que un contrato no surte efectos contra terceros es que no se haya inscrito en el Registro Público de la Propiedad o que se incumpla alguno de los requisitos previstos por la Ley para lograr la oponibilidad.

VIII. PRINCIPIO DE IMPREVISIÓN

A. Concepto

El principio de imprevisión determina que el contenido obligacional de los contratos puede alterarse si cambian las circunstancias en que tuvo lugar su celebración.

---

[6] *Cfr.* Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 177.

[7] Esta regla puede fundamentarse en la interpretación *a contrario* del siguiente artículo:

"Art. 3007.—Los documentos que conforme a este Código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero."

El principio de obligatoriedad se contrapone al de imprevisión: el primero ordena terminantemente el cumplimento de las deudas contraídas; el segundo permite que los contratos se incumplan o se cumplan de manera distinta a la pactada cuando ocurra un cambio imprevisible de circunstancias.

B. Regulación en el Código Civil

En enero de 2010 fue reformado el Código Civil a fin de introducir un marco normativo general de la teoría de la imprevisión.

El decreto de reforma modificó el artículo 1796 y adicionó los artículos 1796-Bis y 1796-Ter, que serán objeto de glosa en los incisos siguientes.

a) Contratos sujetos al principio de imprevisión

Conforme al texto vigente del artículo 1796 la cláusula *rebus sic stantibus* es aplicable a los siguientes contratos:

> Art. 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.
>
> *Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo,* surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1796, el principio de imprevisión solo es aplicable a los contratos no aleatorios en que las obligaciones de alguna de las partes estén sujetas a plazo, a condición o sean de tracto sucesivo.

b) Supuestos que autorizan la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Conforme al segundo párrafo del artículo 1796, solo los "acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas", autorizan al deudor a solicitar la protección jurídica contra la imprevisión.

Consideramos que el haber supeditado la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a la verificación de un acontecimiento de carácter nacional constituye

el punto más débil de la reforma y el que sin duda disminuirá significativamente su aplicación práctica.

Una gran cantidad de acontecimientos que justificarían la revisión del contrato no revisten carácter nacional, como los terremotos, las sequías, las inundaciones o el aumento en la comisión de delitos específicos. Otros eventos que sí revisten carácter nacional, como las crisis económicas, pudieran carecer de la cualidad de "extraordinarios" que también demanda la Ley. Solo acontecimientos como las guerras y las epidemias reúnen los requisitos necesarios para autorizar la protección jurídica contra la imprevisión.

c) CONSECUENCIAS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA IMPREVISIÓN

Conforme a la parte final del artículo 1796 antes trascrito, el contratante afectado por la imprevisión puede ejercitar una "acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones".

La recuperación del equilibrio debe efectuarse conforme a lo previsto por el siguiente numeral:

> ART. 1796 Bis.—En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada.
>
> La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.
>
> En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.
>
> Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:
>
> I. La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez,
>
> II. La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.

La norma trascrita regula tanto las consecuencias sustantivas como las adjetivas que resultan de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

I. INTRODUCCIÓN

La interpretación permite descubrir la verdadera intención de las partes.

Algunos juristas sostienen que en la interpretación de los contratos debe prevalecer la voluntad interna de los contratantes, mientras que otros consideran que debe anteponerse la declarada. Entre quienes sostienen una u otra opinión también existen divergencias particulares.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Durante sus periodos Clásico y Posclásico dio más importancia a la voluntad interna que a la declarada, tanto en la interpretación de los testamentos como en la de los contratos.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Napoleón dedicó una Sección a regular la interpretación de los contratos. Dispuso que en los pactos debe más bien buscarse cuál fue la común intención de los contratantes que atenerse al sentido literal de las palabras (artículo 1156).

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884 se apartó del galo en lo relativo a la interpretación de los contratos. El legislador mexicano solo previó dos artículos al respecto y ninguno poseía una redacción similar a los de la legislación francesa.

---

[1] GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano*, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 821.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

El Código Civil alemán previó dos normas aparentemente incompatibles sobre interpretación de los contratos: en su parágrafo 133 se adhiere a la regla de la voluntad interna adoptada por la legislación francesa y en el parágrafo 157 matiza esta regla y le imprime objetividad, al disponer que deben considerarse "las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico".

III. CONCEPTO

La interpretación jurídica es la actividad intelectual que tiene por objeto determinar el sentido de una norma de Derecho.[2] El intérprete debe descubrir lo que verdaderamente persiguió el autor de una norma jurídica.

La palabra interpretación proviene del latín *inter* —entre— y *pars* —partes—. Evoca la idea de una persona que funge como mediador entre dos partes para resolver una disputa o desentrañar el sentido de su voluntad.

IV. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN PREVISTOS POR EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil vigente contiene siete artículos sobre interpretación de los contratos.

Las disposiciones sobre interpretación de los contratos han sido sistematizadas por la Doctrina de distintas maneras.[3] Sánchez Medal, siguiendo a Trabucchi, las clasifica en dos categorías: las que tienden a descubrir la intención común o voluntad interna de los contratantes, a las que denomina normas de interpretación subjetiva, y las que eliminan dudas o ambigüedades en las palabras, a las que denomina normas de interpretación objetiva.[4]

El estudio de los artículos correspondientes lo desarrollaremos conforme a esta clasificación.

A. Criterios de interpretación subjetiva

Los criterios de interpretación subjetiva remiten a la voluntad interna de los contratantes para descubrir el verdadero sentido de las cláusulas del negocio jurídico. El Código Civil prevé dos artículos que siguen este criterio.

---

[2] Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 148.
[3] *Cfr.* Castán Tobeñas, t. III, *op. cit.*, pp. 558-562.
[4] Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 76-79.

a) Principio de voluntad interna

En la interpretación de los contratos pueden presentarse dos situaciones: que la voluntad interna de las partes coincida con la declarada o que no coincida. Ambos supuestos son regulados por el Código Civil.

Cuando la voluntad interna de las partes coincide con la manifestada es aplicable lo siguiente:

> Art. 1851.—Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas...

Cuando la voluntad interna de las partes no coincide con la declarada debe optarse por privilegiar una u otra.

El Código Civil vigente acoge la doctrina de la voluntad interna:

> Art. 1851.—...
> Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

El segundo párrafo del artículo trascrito consigna el principio de voluntad interna. Dispone que "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

La regla citada alude a la intención "evidente" de los contratantes y no a su mera intención. Los Tribunales han resuelto que la intención "evidente" debe buscarse en las conductas ejecutadas por las partes antes, durante y después de la celebración del contrato.[5]

b) Sentido restringido de los vocablos

El segundo criterio de interpretación subjetiva que prevé el Código Civil se encuentra en la siguiente disposición:

> Art. 1852.—Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

De acuerdo con la norma trascrita, cuando se utilicen términos generales debe restringirse su sentido a fin de no comprender elementos o supuestos

---

[5] Tesis de rubro: "Contratos. Interpretación. La conducta que observan las partes frente a las obligaciones contraídas es elemento fundamental", Novena Época, Registro: 180917, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XX, agosto de 2004, Materia(s): Civil, Tesis: I.4o.C. J/18, Página: 1430.

distintos de los deseados por los contratantes. Esta regla es consecuencia necesaria de la anterior.

B. Criterios de interpretación objetiva

Los criterios de interpretación objetiva remiten a aspectos distintos de la voluntad real de los contratantes para descubrir el verdadero sentido de las cláusulas del negocio jurídico. El Código Civil prevé cinco artículos que acogen este criterio.

a) Principio de conservación del contrato

El principio de conservación del contrato establece que en cualquier disputa jurídica debe optarse por la solución que preserve la eficacia del negocio.

La *ratio iuris* del principio de conservación radica en que las partes persiguieron la producción de efectos jurídicos con la celebración del contrato, por lo que ante la posibilidad de que se produzcan o no, debe optarse por la producción debido a que fue lo deseado en un inicio.

En materia de interpretación de los contratos el principio de conservación se encuentra previsto en el siguiente artículo:

> Art. 1853.—Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

b) Armonía entre las cláusulas del contrato

El Código Civil presupone la armonía o coherencia entre las cláusulas del contrato, por lo que permite utilizarlas en conjunto para disipar las dudas que puedan suscitarse:

> Art. 1854.—Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

c) Términos equívocos

Cuando en un contrato se utilicen palabras que puedan representar ideas totalmente distintas entre sí, debe optarse por la acepción que sea más acorde con la naturaleza y el objeto del negocio:

> Art. 1855.—Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

d) Consideración del uso y costumbre del país

La Ley ordena al intérprete considerar el uso y la costumbre del país para solucionar las ambigüedades del contrato:

> Art. 1856.—El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.

e) Dudas irresolubles

Cuando los criterios de interpretación anteriormente estudiados sean insuficientes para resolver las dudas que suscite el contrato, deberá distinguirse si éstas recaen sobre aspectos accidentales o sobre su objeto principal.

1. *Dudas irresolubles sobre aspectos accidentales del contrato*

Cuando las dudas versan sobre aspectos accidentales del contrato, el Código Civil dispone:

> Art. 1857.—Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses...

Conforme al artículo citado, si el contrato fuere gratuito debe resolverse en favor de la menor transmisión de intereses. Si fuere oneroso, debe resolverse en favor de la mayor reciprocidad.

La mayor dificultad para la aplicación del primer párrafo del artículo 1857 es esclarecer lo que debe entenderse por "circunstancias accidentales del contrato". A *contrario sensu* puede entenderse que son las que no corresponden a la sustancia del negocio. En nuestra opinión son todas las que no se refieren a *lo que es* su objeto principal.[6]

2. *Dudas irresolubles sobre el objeto principal del contrato*

Cuando las dudas recaen sobre el objeto principal del contrato, el Código Civil prevé:

> Art. 1857.—...
> Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

---

[6] Por ejemplo, en una compraventa serán circunstancias accidentales todas las que no se refieran a lo que es materia del contrato.

Conforme al numeral citado las dudas irresolubles sobre el objeto principal del contrato ocasionan su nulidad. Son oportunas dos observaciones a este respecto:

La primera, que en congruencia con lo afirmado anteriormente, consideramos que las dudas deben recaer sobre *lo que es* el objeto principal y no sobre otros aspectos.

La segunda, que el legislador debió disponer que *no haya contrato* ante la actualización del supuesto mencionado en lugar de que sea nulo.[7] Si existen dudas irresolubles sobre lo que es materia del contrato no puede afirmarse que haya habido consentimiento, ya que la voluntad de los contratantes no alcanzó la complementación recíproca que lo caracteriza.[8]

[7] En igual sentido GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 398; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 161.

[8] Véase capítulo octavo.

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

I. INTRODUCCIÓN

La clasificación de los contratos es útil desde los puntos de vista normativo y didáctico.

En el plano normativo determina las reglas aplicables a grupos específicos de contratos. En el plano didáctico facilita el estudio y la comprensión de los distintos negocios y pone a prueba el conocimiento que se tiene de ellos: solo puede clasificar un contrato quien conoce sus elementos y sus efectos.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La clasificación más difundida fue la que expuso Gayo en sus *Instituciones*. El jurista romano clasificó los contratos según la manera en que se perfeccionaban y distinguió entre reales, verbales, literales y consensuales.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Napoleón previó expresamente tres clasificaciones de los contratos: distinguió entre bilaterales y unilaterales, entre onerosos y gratuitos y entre conmutativos y aleatorios.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Previó expresamente la distinción entre contratos bilaterales y unilaterales y entre onerosos y gratuitos. La clasificación de contratos conmutativos y aleatorios se desprendía de la interpretación *a contrario* del artículo que definía los aleatorios (artículo 2701).

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

No previó de manera expresa clasificación alguna. Sin embargo, por el orden en que reguló los contratos puede decirse que reconoció implícitamente la distinción entre traslativos de dominio, traslativos de uso y/o goce, que generan principalmente obligaciones de hacer, de guarda y custodia, asociativos, aleatorios, de garantía y de prevención y solución de controversias.

III. CONCEPTO Y REGLAS DE LA CLASIFICACIÓN

A. Concepto de clasificación

La clasificación es la operación conceptuadora que tiene por objeto agrupar elementos que poseen características comunes conforme a un criterio definido, tomando en cuenta sus diferencias específicas.

La división y la clasificación son operaciones similares pero distintas: la primera sirve para separar *un todo* en diversas partes, la segunda permite agrupar *varios elementos*.[1]

B. Reglas de la clasificación

Para que la clasificación sea correcta desde el punto de vista lógico es necesario que cumpla tres reglas:

1. Debe utilizar un criterio definido. El criterio puede seleccionarse discrecionalmente, pero una vez elegido debe aplicarse por igual a todos los elementos.

2. Debe ser exhaustiva. Es necesario que la clasificación agote todos los elementos del universo que se pretende clasificar. Por ejemplo, la clasificación de los bienes en azules y verdes carece de exhaustividad, ya que los hay de otros colores. Por el contrario, la distinción entre bienes muebles e inmuebles es exhaustiva, ya que todos pertenecen a una u otra categoría.

3. La clasificación debe ser excluyente. Los elementos que son objeto de clasificación solo pueden ingresar a una categoría y no a dos o más. Por ejemplo, la clasificación de los bienes en atención a su utilidad en el hogar o en la oficina no es excluyente, ya que algunos son útiles en ambos entornos. Por el contrario, la distinción entre bienes divisibles e indivisibles es excluyente, ya que ninguno puede ser divisible e indivisible a la vez.

Para que la clasificación sea útil desde el punto de vista normativo es necesario que cumpla una regla fundamental: debe permitir atribuir regímenes jurídicos distintos a cada categoría. Por ejemplo, la distinción entre personas calvas y melenudas es inútil, ya que unas y otras están sujetas al mismo marco normativo. Por su parte, la distinción entre personas físicas y personas morales es útil, ya que unas y otras están sujetas a reglas distintas.

[1] López Duran, Rosalío, *Metodología Jurídica*, IURE Editores, México, 2002, p. 64.

IV. CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS CONTRATOS

El Código Civil clasifica los contratos de dos maneras: explícita e implícitamente.

La clasificación legal explícita se encuentra en los artículos 1835 a 1838, ubicados en una Sección incorrectamente denominada "*División* de los contratos".

La clasificación legal implícita deriva del orden en que el legislador reguló los contratos en especial.

A. Clasificación legal explícita

Siguiendo al Código Napoleón, el legislador de 1928 previó expresamente la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, entre gratuitos y onerosos y entre conmutativos y aleatorios.

a) Contratos unilaterales y bilaterales

1. *Conceptos*

La distinción entre contratos unilaterales y bilaterales atiende a si producen obligaciones para uno de los contratantes o para ambos.

El Código Civil define el contrato unilateral como sigue:

> Art. 1835.—El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.

La donación es el contrato unilateral por antonomasia, ya que solo produce obligaciones a cargo del donante.

Con relación al contrato bilateral, la Ley establece:

> Art. 1836.—El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

Los contratos bilaterales también son denominados sinalagmáticos.[2] Como ejemplos pueden citarse la compraventa y el arrendamiento, que generan obligaciones para todos los contratantes.

[2] "...del Griego, *synallagma*, 'contrato recíproco'...", D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p. 547.

No debe confundirse la clasificación de los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales con la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales. La primera versa sobre el número y sentido de las voluntades que son necesarias para dar nacimiento al acto. La segunda se refiere a la reciprocidad obligacional que puede surgir de un acto *bilateral*: el contrato.

2. *Bilateralidad perfecta e imperfecta*

Los comentadores del *Corpus Iuris Civilis* sub-clasificaron los contratos bilaterales en dos categorías: bilaterales perfectos e imperfectos. Los contratos bilaterales perfectos generaban obligaciones a cargo de ambos contratantes desde su celebración, mientras que los imperfectos producían obligaciones para una de las partes al celebrarse y solo eventualmente generaban deudas para la otra. Como ejemplo de contrato bilateral perfecto solía citarse la compraventa, como ejemplo de imperfecto solía citarse el depósito gratuito.

La distinción entre bilateralidad perfecta e imperfecta fue duramente criticada por algunos juristas franceses, quienes argumentaron que la naturaleza jurídica del contrato debe definirse al momento de su celebración y no durante su desarrollo.[3]

Si bien actualmente no es admitida la distinción entre contratos bilaterales perfectos e imperfectos, en los términos planteados por los comentaristas del Derecho Romano, la Doctrina aún los distingue empleando otro criterio.

Autores como Pothier[4] y Ruggiero[5] dieron al carácter perfecto o imperfecto del contrato bilateral un sentido distinto. En su opinión, la perfección o imperfección de la bilateralidad no depende de que el contrato produzca obligaciones para ambas partes desde su celebración, sino de la posición que guarden las deudas de uno respecto de las del otro.

Los contratos bilaterales perfectos, decían, son los que generan *obligaciones recíprocas*, es decir, aquellas que tienen por causa otra deuda emanada de la misma fuente. En palabras de Ruggiero: "...es un requisito esencial de la bilateralidad que no haya solamente una prestación y una contraprestación, sino que una oficie de compensación o equivalente de la otra..."[6] Por ejemplo, piénsese en la obligación del comprador de pagar el precio, que tiene por causa la obligación del vendedor de entregar el bien materia del contrato.

[3] *Cfr.* BONNECASE, *op. cit.*, p. 926.

[4] POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, p. 17.

[5] RUGGIERO; *op. cit.*, p. 267.

[6] *Loc. cit.*

Los contratos bilaterales imperfectos, explicaban, son los que generan obligaciones a cargo de ambos contratantes sin que unas tengan por causa las otras. Sirva de ejemplo la obligación del comodante de conceder el uso de un bien y la del comodatario de conservarlo: no puede afirmarse que la primera tenga por causa la segunda. El comodante no concede el uso gratuito de un bien porque el comodatario lo conservará, sino porque desea beneficiarlo.

Sánchez Medal es uno de los autores nacionales que ha acogido el criterio mencionado.[7]

3. *Importancia de la clasificación*

La distinción entre contratos unilaterales y bilaterales es importante ya que trasciende al marco normativo al que están sujetos unos y otros. A los segundos les son aplicables de manera exclusiva tres figuras: el denominado "pacto comisorio tácito", la excepción de contrato no cumplido y la teoría de los riesgos.

b) CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

1. *Conceptos*

La distinción entre contratos onerosos y gratuitos atiende a si generan provechos económicos para ambos contratantes o solo para uno de ellos. La Ley los define de la siguiente manera:

> ART. 1837.—Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

Conforme al artículo trascrito los contratos onerosos generan provechos y gravámenes recíprocos, lo que significa que son económicamente ventajosos para ambas partes. Los gratuitos solo generan provechos para uno de los contratantes, lo que significa que solo uno percibirá sus ventajas económicas.

No debe confundirse la onerosidad o gratuidad del contrato con su bilateralidad o unilateralidad. Los primeros son parámetros de reciprocidad *económica*, los segundos son criterios de reciprocidad *jurídica*. Las expresiones "provechos" y "gravámenes", contenidas en el artículo 1837, no son equivalentes a "obligaciones". Aquéllas se refieren a los beneficios o pesos económicos que derivan del contrato *abstractamente* considerado.[8]

[7] *Cfr.* SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, p. 111.

[8] La onerosidad o gratuidad del contrato se define de manera abstracta y no en cada caso. Por ejemplo, todos los contratos de compraventa son onerosos, incluso cuando el vendedor reciba un precio menor al valor ordinario del bien enajenado y se afirme que el negocio le fue

Los contratos bilaterales pueden ser gratuitos u onerosos. Un contrato bilateral gratuito es el mutuo simple: es bilateral porque genera obligaciones a cargo de ambos contratantes; es gratuito porque solo provee ventajas económicas al mutuario, quien adquiere la propiedad de bienes fungibles sin contraprestación alguna. Por el contrario, el mutuo con interés es un contrato bilateral oneroso, ya que obliga y es económicamente favorable a ambas partes.

Por su parte, los contratos unilaterales solo pueden ser gratuitos conforme al Derecho vigente.

2. *Importancia de la clasificación*

La distinción entre contratos onerosos y gratuitos también es normativamente útil, ya que existen disposiciones que solo aplican a unos u otros.

Los contratos onerosos poseen una regla de interpretación distinta de la que corresponde a los gratuitos (artículo 1857). Si un contrato oneroso es celebrado en fraude de acreedores debe demostrarse la mala fe de las partes para lograr su ineficacia, lo que no ocurre si el negocio es gratuito (artículos 2163 y 2164). La oponibilidad de los contratos onerosos es más firme que la de los gratuitos (artículos 1886 y 3009).

c) CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

1. *Conceptos*

La distinción entre contratos conmutativos y aleatorios es una sub-clasificación de los contratos onerosos. El Código Civil los define como sigue:

> ART. 1838.—El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Conforme al artículo trascrito la clasificación de los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios atiende a si su resultado económico puede o no conocerse desde que son celebrados. Con relación al contrato conmutativo dispone: "las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra..." En lo relativo al aleatorio prevé: "la prestación debida depende de

económicamente desfavorable. Por su parte, todas las donaciones puras son gratuitas, incluso cuando el donante se deshaga de un bien cuya conservación o reparación sean más costosas que el derecho de propiedad transmitido.

un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice".

Como ejemplos de contratos conmutativos pueden citarse la compraventa y el arrendamiento. Como ejemplos de contratos aleatorios pueden citarse el juego con apuesta, la renta vitalicia y la compra de esperanza.

La redacción del artículo 1838 ha sido objeto de crítica por diversos autores. La más aguda y útil es la de Sánchez Medal, quien apoyándose en las ideas de Trabucchi sostiene que la distinción entre contratos conmutativos y aleatorios debe basarse en la alteridad y oposición de las prestaciones y no en el conocimiento o desconocimiento de su valor. El autor explica que la esencia del contrato aleatorio es que una vez verificado el acontecimiento contingente, una parte perciba un provecho en detrimento de la otra. En otras palabras, lo que para una sea ganancia, para la otra debe ser pérdida.[9]

Por nuestra parte coincidimos con el criterio de Sánchez Medal.

2. *Importancia de la clasificación*

Debe recordarse que la distinción entre contratos conmutativos y aleatorios es una sub-clasificación de los onerosos, por lo que les son aplicables todas las reglas de su género.

Adicionalmente existen disposiciones que solo rigen a los contratos conmutativos, como las relativas a la cláusula *rebus sic stantibus,* las que regulan la obligación de prestar el saneamiento por vicios ocultos (artículo 2142) y, en opinión de un sector de la Doctrina —con el que disentimos—, la que establece las consecuencias jurídicas de la lesión.

B. CLASIFICACIÓN LEGAL IMPLÍCITA

De acuerdo con lo mencionado anteriormente, la clasificación legal implícita de los contratos deriva del orden en que fueron regulados dentro de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil, intitulada "De las diversas especies de contratos".

Esta clasificación es una novedad del Código Civil vigente, ya que sus antecesores no regularon los contratos conforme a un orden definido. En este aspecto es posible que el legislador de 1928 haya sido influenciado por el alemán, ya que la secuencia existente entre los diversos contratos es similar a la que prevé el *BGB.*

La clasificación legal *implícita* distingue entre contratos preparatorios, traslativos de dominio, traslativos de uso y/o goce, de guarda y custodia, los que

[9] SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.*, pp. 112, 119 y 120.

tienen por objeto obligaciones de hacer, asociativos, aleatorios, de garantía, de prevención y de solución de controversias.

V. CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DE LOS CONTRATOS

En este apartado comentaremos los criterios más importantes de clasificación doctrinal de los contratos.

A. Contratos nominados e innominados

a) concepto

En razón de si están o no expresamente regulados por la Ley los contratos se clasifican en nominados e innominados. Son nominados los reglamentados expresamente por la Ley. Son innominados los que carecen de regulación expresa por la Ley.

Algunos juristas proponen la sustitución de los términos "nominado" e "innominado" por los de "típico" y "atípico", respectivamente, atendiendo a que los primeros designan lo que tiene o carece de nombre, mientras que los segundos lo que encuadra o no en la Ley. En este sentido se pronuncia Castán Tobeñas.[10]

b) importancia de la clasificación

La distinción entre contrato nominado e innominado —o entre típico y atípico, conforme al lenguaje moderno— es importante en razón del régimen jurídico aplicable a cada uno. El legislador de 1928 incluyó la siguiente disposición al respecto:

> Art. 1858.—Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

El artículo trascrito ha sido objeto de tres críticas principales: la primera, que solo regula el régimen normativo al que están sujetos los contratos innominados, pero no indica cuál corresponde a los nominados; la segunda, que prevé un orden equivocado de las fuentes normativas de los contratos innominados,

[10] *Cfr.* Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 467, n. 3.

como veremos a continuación; y la tercera, que su ubicación es sistemáticamente incorrecta, ya que se encuentra dentro de las Disposiciones Finales del Título sobre los contratos, cuando lo correcto hubiese sido posicionarlo al inicio.

Con relación al orden de las fuentes normativas de los contratos innominados, el artículo 1858 dispone que en primer lugar deben observarse las reglas generales de los contratos, en segundo las acordadas por las partes y en tercero las del contrato con el que guarden más analogía. Como mencionamos el orden es equivocado, ya que antepone las reglas de la Teoría General de las Obligaciones a las estipulaciones de las partes, siendo que los contratos innominados, como cualesquier otros, están sujetos al principio "la suprema Ley de los contratos es la voluntad de las partes" (artículos 6 y 1839). Consecuentemente, el orden correcto de las fuentes normativas es el siguiente:

1. Normas convenidas por las partes.
2. Normas provenientes de la Teoría General de las Obligaciones.
3. Normas emanadas de los Principios Generales del Derecho, dentro de los que se encuentra la analogía.

En lo concerniente a los contratos nominados, de la interpretación sistemática y *a contrario* del artículo 1858 puede concluirse que sus fuentes normativas guardan el siguiente orden:

1. Normas convenidas por las partes.
2. Normas contenidas en la regulación especial del contrato de que se trate.
3. Normas provenientes de la Teoría General de las Obligaciones.
4. Normas emanadas de los Principios Generales del Derecho.

La diferencia fundamental de régimen entre unos y otros contratos es de suma importancia. A falta de acuerdo entre las partes el contrato nominado se rige supletoriamente por las disposiciones específicas que la Ley prevé sobre ese contrato, mientras que el innominado está sometido a la Teoría General de las Obligaciones.

B. Contratos consensuales, formales, reales y solemnes

a) concepto

Los contratos se clasifican en consensuales, formales, reales y solemnes en función de si el consentimiento debe manifestarse de una manera específica para que sean eficaces.

Son consensuales los contratos que no deben cumplir formalidad o solemnidad alguna. Son formales los que deben satisfacer requisitos de forma para

ser válidos. Son reales los que se perfeccionan con la entrega de un bien. Son solemnes los que deben cumplir requisitos de forma para ser contratos.

b) IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

La denominada "clasificación de los contratos por su forma" permite anticipar las consecuencias jurídicas que se producirán en caso de que la voluntad no sea manifestada de la manera exigida por la Ley.

Para profundizar sobre este tema puede consultarse el capítulo décimo tercero de este libro.

C. CONTRATOS QUE GENERAN OBLIGACIONES DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA, SUCESIVA Y ESCALONADA

a) CONCEPTO

Los contratos se clasifican en generadores de obligaciones de ejecución instantánea, sucesiva y escalonada en atención a la proyección temporal del cumplimiento de sus consecuencias jurídicas. Se trata de una clasificación más orientada a las obligaciones que a los contratos.

Las obligaciones de ejecución instantánea deben cumplirse en un solo acto. Las de ejecución sucesiva deben cumplirse durante toda la vigencia del contrato. Las de ejecución escalonada deben cumplirse en diversos momentos durante la vigencia del contrato.

El contrato de compraventa generalmente produce obligaciones de ejecución instantánea, ya que la entrega del bien vendido y el pago de su precio naturalmente se realizan en un solo acto. En contraste, el contrato de arrendamiento genera obligaciones de ejecución sucesiva y escalonada: a cargo del arrendador surge la obligación de no estorbar el uso o goce del bien arrendado, que es de ejecución sucesiva; a cargo del arrendatario surge la obligación de pagar la renta, que comúnmente es de ejecución escalonada.

b) IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

Existen diferencias de régimen normativo entre los contratos que generan obligaciones de ejecución instantánea, sucesiva y escalonada.

La más importante se vincula con las consecuencias que siguen al incumplimiento de las obligaciones respectivas. Algunos juristas opinan que los contratos bilaterales que generan deudas de ejecución sucesiva y escalonada no pueden rescindirse, ya que sería imposible volver las cosas al estado que guardaban antes de su celebración. En estos contratos, afirman, la parte afectada

por el incumplimiento solo puede demandar su *resiliación*, que hace cesar los efectos del negocio jurídico *para el futuro*.

D. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

a) CONCEPTO

La clasificación de contratos principales y accesorios atiende a la autonomía del negocio jurídico.

Son principales los contratos que no dependen de una relación jurídica emanada de una fuente distinta. Son accesorios los que sí dependen de una.

Generalmente se afirma que los contratos accesorios regulados por el Código Civil son tres: la fianza, la prenda y la hipoteca. Sin embargo, cualquier contrato puede tener carácter accesorio siempre que las partes estimen conveniente conferírselo. Por ejemplo, supóngase que una persona renta un sofisticado equipo de cómputo a un fabricante y paralelamente celebra con éste un contrato de prestación de servicios profesionales para auxiliarlo con el uso de la máquina. En este supuesto pueden acordar que la prestación de servicios profesionales sea accesoria al arrendamiento.

b) IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

Los contratos accesorios están sujetos al principio "lo accesorio sigue la suerte de lo principal",[11] por lo que su subsistencia estará ligada a la relación jurídica de la cual dependan. Consecuentemente, la terminación o ineficacia del contrato o relación jurídica principal repercute en el accesorio, pero no a la inversa.

E. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y DE IGUAL A IGUAL

a) CONCEPTO

La distinción entre contratos de adhesión y de igual a igual versa sobre la posibilidad de que ambas partes negocien las consecuencias jurídicas que generarán.

Los contratos de adhesión producen efectos predeterminados por una de las partes y que la otra se limita a aceptar. Los contratos de igual a igual crean consecuencias jurídicas libremente negociadas por ambos contratantes.

El ordenamiento jurídico que regula con mayor detalle los contratos de adhesión es la Ley Federal de Protección al Consumidor, que los define como "el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en

[11] D. 50. 17. 178.

formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato" (artículo 85).

b) IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

Los contratos de adhesión están sujetos a una regla de interpretación distinta a la de los contratos de igual a igual.

La Doctrina explica que cuando las cláusulas del contrato de adhesión no sean claras, deberán interpretarse en favor del aceptante y no del oferente, ya que a éste es imputable la oscuridad. El mismo criterio han sostenido los Tribunales.[12]

F. CONTRATOS *INTUITU PERSONAE* Y NO *INTUITU PERSONAE*

a) CONCEPTO

Los contratos *intuitu personae* son los que celebran las partes tomando en consideración la identidad y las cualidades del otro contratante. Los contratos no *intuitu personae* son los que celebran las partes con atención al objeto del negocio y no a la identidad y a las cualidades del otro contratante.

No existe disposición legal que defina los contratos *intuitu personae*, sin embargo, del siguiente artículo se desprenden todos sus elementos:

> ART. 2064.—La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, *salvo el caso en que se hubiere establecido, por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado, o cuando se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales.*

Algunos contratos *intuitu personae* que prevé el Código Civil son la donación, el comodato, el mandato y la sociedad civil.

b) IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

Los contratos *intuitu personae* pueden estar sujetos a tres reglas que los distinguen de otros.

---

[12] Tesis de rubro: "CONTRATO DE SEGURO. SI LA ASEGURADORA UTILIZA EL DE ADHESIÓN DEBE EMPLEAR LOCUCIONES COMPRENSIBLES Y TRANSPARENTES QUE PERMITAN APRECIAR EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS, PUES EN CASO CONTRARIO PUEDE INTERPRETARSE A FAVOR DEL ASEGURADO", Registro No. 182003, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XIX, marzo de 2004, Página: 1533, Tesis: I.4o.C.65 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

La primera tiene relación con el error en la persona. De acuerdo con lo explicado en el capítulo undécimo, este tipo de error no suele incidir en la eficacia del contrato. Sin embargo, en los *intuitu personae* el error en la identidad afecta su esencia, mientras que el error en las cualidades accidentales repercute en su validez.

La segunda regla versa sobre la transmisibilidad de los derechos adquiridos por la celebración del contrato. Por regla general un contratante puede ceder sus derechos a terceros sin necesidad de autorización del otro. En contraste, en los negocios *intuitu personae* es común que se requiera el asentimiento de las partes para que terceros puedan integrar las relaciones jurídicas respectivas.

La tercera regla se vincula con la terminación del contrato. Por regla general el fallecimiento o la incapacidad de uno de los contratantes no finalizan el negocio jurídico. Los contratos *intuitu personae* constituyen una excepción, ya que la actualización de estas hipótesis suele extinguirlos total o parcialmente.

Conviene aclarar que no todos los contratos *intuitu personae* están sujetos a las tres reglas que han sido enunciadas.

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO

DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

I. INTRODUCCIÓN

La declaración unilateral de voluntad es la segunda "fuente de obligaciones" que regula el Código Civil. Su importancia estriba en permitir el surgimiento de consecuencias jurídicas *voluntarias* sin necesidad de que concurran dos o más voluntades en sentido divergente.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La declaración unilateral de voluntad producía consecuencias jurídicas de manera excepcional.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

No incluyó una regulación especial de la declaración unilateral de voluntad como fuente de consecuencias jurídicas.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Al igual que su antecesor francés tampoco previó una regulación especial de la declaración unilateral de voluntad.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN
(*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Fue el primer ordenamiento que previó una regulación especial de la declaración unilateral de voluntad como fuente de consecuencias jurídicas.

E. Código Civil de 1928

El legislador de 1928 siguió al alemán e introdujo una regulación especial de la declaración unilateral de voluntad, que será objeto de glosa en apartados siguientes.

En la Exposición de Motivos respectiva expresó:

> ...la Comisión, de acuerdo con la opinión de los autores de los códigos modernos y con la de notables publicistas, reglamentó las obligaciones que nacen por declaración unilateral de voluntad, como son las ofertas al público, las promesas de recompensa, las estipulaciones a favor de terceros, los títulos al portador, etc., ya que estando generalizadas en nuestro medio, era necesario ocuparse de ellas...

III. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

A. Concepto de declaración unilateral de voluntad

Declaración unilateral de voluntad es sinónimo de acto jurídico unilateral o de negocio jurídico unilateral, dependiendo de si se sigue la teoría francesa o la alemana sobre la clasificación de los hechos jurídicos.

B. Naturaleza jurídica de la declaración unilateral de voluntad

a) Naturaleza jurídica y régimen normativo general de la declaración unilateral de voluntad

Conforme a lo explicado anteriormente la declaración unilateral de voluntad es un acto jurídico unilateral según la teoría francesa y un negocio jurídico unilateral de acuerdo con la alemana.

El Código Civil prevé una regulación general del contrato, pero no una del acto jurídico como género, por lo que debe determinarse cuál es el marco normativo aplicable al último. Sin reglas legales sobre el acto jurídico careceríamos de certeza sobre cuáles son sus elementos esenciales, qué forma debe revestir, qué vicios pueden afectar la voluntad de sus otorgantes, quiénes tienen capacidad para celebrarlo, cómo debe interpretarse, entre otros. El legislador de 1928 pretendió solucionar estas interrogantes con el siguiente artículo:

> Art. 1859.—Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

El numeral trascrito atribuye a los convenios y a los actos jurídicos en general el régimen normativo de los contratos, salvo cuando su naturaleza demande reglas especiales o la Ley las prevea. Esta disposición ha sido criticada unánimemente por la Doctrina.

El acto jurídico es un género que alberga distintas especies, entre ellas el contrato. El legislador reguló la especie e hizo aplicables sus reglas al género, cuando lo correcto era precisamente lo contrario: regular el género y hacer aplicables sus reglas a la especie.

Siguiendo el artículo citado, la declaración unilateral de voluntad, en su carácter de acto jurídico, está sujeta a las reglas generales de los contratos en cuanto su naturaleza lo permita.

b) Consecuencias jurídicas de la declaración unilateral de voluntad

Existen tres criterios principales sobre las consecuencias jurídicas de la declaración unilateral de voluntad.

1. *La declaración unilateral de voluntad no produce consecuencias jurídicas por sí misma*

Un sector de la Doctrina niega que la declaración unilateral de voluntad sea fuente independiente de consecuencias jurídicas.

Quienes siguen esta doctrina invocan una hipótesis como la siguiente: supóngase que una persona ofrece al público vender un cuadro de un artista específico en determinado precio. Conforme al artículo 1860 del Código Civil el oferente estará obligado a sostener su ofrecimiento. Los juristas cuestionan el sentido de esta obligación: argumentan que el destinatario no puede exigir su cumplimiento sin aceptar la oferta y que una vez aceptada habrá contrato sin que el oferente pueda evitarlo. El autor de la declaración unilateral de voluntad solo podrá faltar al cumplimiento de las obligaciones contractuales, pero no al de su oferta. Ésta se convierte en contrato tan pronto haya sido aceptada.[1]

Los partidarios de este criterio concluyen que la declaración unilateral de voluntad carece de efectos jurídicos por sí misma.

2. *La declaración unilateral de voluntad como fuente de deberes jurídicos*

Otro sector de la Doctrina admite que la declaración unilateral de voluntad es fuente de consecuencias jurídicas, pero la limita a la producción de deberes jurídicos.[2]

---

[1] *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 40.

[2] Sobre el concepto de deber jurídico véase capítulo sexagésimo segundo.

Este criterio parte de la contraposición entre las fuentes que inspiraron la labor del legislador de 1928. Sus seguidores asumen una posición intermedia entre el Derecho alemán y el francés: no afirman que la declaración unilateral de la voluntad sea fuente de obligaciones, como hizo el primero; ni sostienen que carezca de consecuencias jurídicas, como hicieron algunos autores del segundo. Concluyen que es fuente de deberes jurídicos, por considerarlos un punto medio entre la obligación y la nada jurídica y por estimar que la conducta que constituye su objeto carece de contenido patrimonial.

3. *La declaración unilateral de voluntad como fuente de consecuencias jurídicas no perjudiciales a terceros*

El último sector de la Doctrina considera que la declaración unilateral de voluntad puede producir todo tipo de consecuencias jurídicas, siempre que no resulten perjudiciales a terceros.

Sus adeptos refieren a la diferencia de pensamiento entre los juristas romanos y los alemanes: los primeros sostuvieron rígidamente el principio de intangibilidad patrimonial, consistente en que nadie puede adquirir derechos u obligaciones sin su consentimiento o sin que la Ley lo ordene; los segundos relajaron este principio y admitieron diversas figuras que permiten a una persona alterar un patrimonio ajeno *siempre que sea en beneficio de su titular o sin su detrimento.*

Los seguidores del tercer criterio asumen la idea de los juristas alemanes: una persona puede alterar un patrimonio ajeno sin perjudicar a su titular. Que la modificación sea sin perjuicio ajeno es el límite que imponen a la voluntad del autor de la declaración, quien puede producir cualquier consecuencia jurídica siempre que no lo trasgreda y que no viole una disposición legal.

4. *Criterio adoptado por el Código Civil*

La intención del legislador de 1928 fue adoptar el tercero de los criterios estudiados. Lo anterior resulta de la interpretación literal de diversos dispositivos, que reconocen expresamente la potestad creadora, modificadora y extintora de obligaciones y de derechos reales de la declaración unilateral de voluntad, del hecho de que fue regulada dentro del Título relativo a las Fuentes de las Obligaciones y de las líneas de la Exposición de Motivos trascritas en los antecedentes de este capítulo.

c) LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD COMO FUENTE GENERAL O ESPECIAL DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La tercera discusión vinculada con la naturaleza de la declaración unilateral de voluntad versa sobre si es fuente general o especial de consecuencias jurídicas.[3] Dependiendo de la posición que se adopte se admitirán o rechazarán declaraciones unilaterales de voluntad distintas de las expresamente reguladas por la Ley.

Manuel Borja Soriano fue uno de los juristas que sostuvo con mayor vehemencia que la declaración unilateral de voluntad es fuente especial de consecuencias jurídicas, negando que pueda haber declaraciones innominadas o atípicas.[4] Este civilista utilizó dos argumentos para defender su postura: el primero, que no existe un artículo que declare que siempre que una persona quiera obligarse nacerá una obligación, como sí lo hay respecto del acuerdo de voluntades;[5] y, el segundo, que el *BGB* conceptualizó la declaración unilateral de voluntad como fuente especial de consecuencias jurídicas, por lo que las normas del Código Civil emanadas de aquél deben interpretarse en igual sentido.

En contra de la opinión del maestro Borja Soriano se pronunciaron autores como Rojina Villegas,[6] Bejarano Sánchez,[7] Martínez Alfaro[8] y De la Peza Muñoz Cano.[9] Estos doctrinarios consideran que la declaración unilateral de voluntad es fuente general de consecuencias jurídicas, por lo que puede actualizarse de manera innominada o atípica. Entre los argumentos que exponen destacan los tres siguientes:

El primero, que el Código Civil de 1928 no prevé una regla similar a la del parágrafo 305 del *BGB*, que sirvió para sostener que la declaración unilateral de voluntad es fuente especial de consecuencias jurídicas en este ordenamiento.

El segundo, que conforme al artículo 1859 anteriormente trascrito, las disposiciones legales sobre contratos son aplicables a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a su naturaleza o a normas especiales sobre los mismos. La disposición que admite la existencia de contratos innominados o atípicos (artículo 1858) debe aplicarse también a la declaración unilateral de voluntad.

El tercero, que el Derecho Civil se encuentra preponderantemente sujeto al principio de autonomía de la voluntad, que faculta a los particulares a crear y

---

[3] Esta discusión presupone que se ha asumido un criterio favorable sobre la juridicidad de los efectos de la declaración unilateral de voluntad, ya sea que se considere fuente de deberes jurídicos o de otras consecuencias no perjudiciales a terceros, en términos de lo explicado en el inciso que antecede. Quienes niegan que la declaración unilateral de voluntad sea fuente de efectos jurídicos carecen de interés en el debate objeto de análisis.

[4] BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 299 y 300.

[5] El autor cita el artículo 1796.

[6] ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, pp. 437-441.

[7] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 184-187.

[8] MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, pp. 137-141.

[9] DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 58.

a regular todo tipo de relaciones jurídicas, *por cualquier medio*, siempre que no trasgredan el orden público ni derechos de tercero.

Por nuestra parte opinamos que la declaración unilateral de voluntad es fuente general de consecuencias jurídicas, con apoyo en los argumentos invocados.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también se ha pronunciado en favor del carácter general de la declaración unilateral de voluntad como fuente de consecuencias jurídicas.[10]

IV. DECLARACIONES UNILATERALES DE VOLUNTAD TÍPICAS

El legislador no reguló la declaración unilateral de voluntad como género, sino que reglamentó algunas de sus manifestaciones específicas.

En el presente apartado analizaremos las declaraciones unilaterales de voluntad que se encuentran reguladas dentro del Capítulo Segundo del Título Primero de la Primera Parte de Libro Cuarto del Código Civil, es decir, la oferta al público, la estipulación a favor de tercero y la emisión de documentos civiles a la orden o al portador. La Doctrina las llama "típicas" o "nominadas" por haber sido expresamente reglamentadas por la Ley, sin embargo, no son las únicas que prevé el ordenamiento.

A. Oferta al público

La oferta al público es un sub-género de la declaración unilateral de voluntad que comprende tres figuras: la policitación, la promesa de recompensa y el concurso con promesa de recompensa. A continuación procederemos a analizar cada una.

a) POLICITACIÓN

La policitación es la propuesta de celebrar un contrato dirigida al público. El Código Civil solo destina un artículo a regularla:

> ART. 1860.—El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento.

[10] Tesis de rubro: "DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD, ES UNA FUENTE GENERICA DE OBLIGACIONES", Registro No. 269822, Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, CX, Página: 32, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

En opinión de un número importante de autores el artículo trascrito solo regula la oferta de compraventa, ya que el "dueño" ofrece al público "objetos en determinado precio". A nuestro juicio lo anterior es incorrecto, ya que lo distintivo de la compraventa es que el precio deba pagarse en dinero y no solo que haya un precio.

Consideramos que el artículo 1860 autoriza la policitación respecto de cualquier contrato oneroso en que el objeto ofrecido sea un bien de propiedad del oferente.[11]

b) PROMESA DE RECOMPENSA

La promesa de recompensa es la segunda especie de oferta al público que regula el Código Civil. Sus elementos esenciales se encuentran previstos en la siguiente disposición:

> ART. 1861.—El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.

Conviene distinguir dos clases de efectos jurídicos relacionados con la promesa de recompensa: los que surgen antes de que se llene la condición o se desempeñe el servicio y los producidos con posterioridad. Antes de que la condición o el servicio sean cumplidos el promitente únicamente adquiere el deber jurídico[12] o la obligación —según la postura que se adopte— de sostener su ofrecimiento. Una vez cumplidos, el promitente contraerá la obligación de prestar la recompensa. La parte final del artículo 1861 se refiere al segundo momento, es decir, a la hipótesis en que la condición o el servicio solicitados han sido satisfechos.

El Código Civil regula dos aspectos sobre la promesa de recompensa: la posibilidad de que sea revocada y las consecuencias de que la condición o el servicio sean cumplidos por una o más personas.

1. *Revocabilidad de la promesa*

La revocabilidad de la promesa depende de si se sujetó o no a plazo.

[11] Encuadran en esta hipótesis la compraventa, la permuta, el mutuo con interés, el arrendamiento, el mandato y la prestación de servicios profesionales retribuidos con bienes, entre otros. En contraste, no se ubican en el supuesto la donación y el comodato. La importancia de esta enumeración reside en que de sostener que la declaración unilateral de voluntad es fuente *especial* de consecuencias jurídicas, solo producirán efectos las policitaciones efectuadas para celebrar un contrato comprendido por el artículo 1860.

[12] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 188.

Si el promitente señaló un plazo para el cumplimiento de la condición o del servicio, no podrá revocar la promesa:

ART. 1864.—Si se hubiere señalado plazo para la ejecución de la obra, no podrá revocar el promitente su ofrecimiento mientras no está vencido el plazo.

El artículo trascrito prevé una regla similar a la contenida en el artículo 1804, relativo a la oferta de contratar sujeta a plazo.

Si el promitente no señaló un plazo, podrá revocar la promesa en cualquier momento con sujeción a lo siguiente:

ART. 1863.—Antes de que esté prestado el servicio o cumplida la condición, podrá el promitente revocar su oferta, siempre que la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento.

En este caso, el que pruebe que ha hecho erogaciones para prestar el servicio o cumplir la condición por la que se había ofrecido recompensa, tiene derecho a que se le reembolse.

Conforme al primer párrafo del numeral citado la revocación de la promesa solo puede realizarse si se satisfacen dos requisitos: que la condición o el servicio solicitados no hayan sido cumplidos y que la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento. Esta regla difiere de las previstas por los artículos 1805 y 1806, que no permiten revocar la oferta de contratar cuando no se ha señalado un plazo.

El segundo párrafo del artículo 1863 limita los efectos de la revocación de la promesa, ya que impone al promitente la obligación de reembolsar los gastos efectuados por los destinatarios para llenar la condición o prestar el servicio solicitado.

2. *Cumplimiento de la condición o del servicio solicitados*

La Ley distingue dos supuestos con relación al cumplimiento de la condición o del servicio objeto de la promesa: que solo una persona los satisfaga o que lo hagan dos o más.

En caso de que solo una persona llene la condición o preste el servicio será aplicable lo siguiente:

ART. 1862.—El que en los términos del artículo anterior ejecutare el servicio pedido o llenare la condición señalada, podrá exigir el pago o la recompensa ofrecida.

Cuando sean dos o más las personas que cumplan la condición o el servicio deberá observarse lo siguiente:

ART. 1865.—Si el acto señalado por el promitente fuere ejecutado por más de un individuo, tendrán derecho a la recompensa:

I. El que primero ejecutare la obra o cumpliere la condición;

II. Si la ejecución es simultánea, o varios llenan al mismo tiempo la condición, se repartirá la recompensa por partes iguales;

III. Si la recompensa no fuere divisible se sorteará entre los interesados.

El artículo trascrito favorece al autor de la promesa, ya que ante su omisión de señalar qué sucede si dos o más personas cumplen la condición o el servicio, la Ley solo lo obliga a prestar un tanto de lo ofrecido.

c) CONCURSO CON PROMESA DE RECOMPENSA

El concurso con promesa de recompensa es una modalidad de la promesa de recompensa, que se distingue por el hecho de que los destinatarios deben *competir entre sí* para obtenerla.

La diferencia esencial entre la promesa de recompensa y el concurso con promesa de recompensa es la situación de competencia en que se encuentran los destinatarios del segundo. En el concurso no basta cumplir la condición o el servicio solicitados, sino que debe proveerse la mejor ejecución en cuanto a tiempo, calidad o cantidad, según sea el caso.

El concurso con promesa de recompensa está sometido a dos reglas especiales. La primera consiste en que el convocante siempre deberá señalar un plazo:

ART. 1866.—En los concursos en que haya promesa de recompensa para los que llenaren ciertas condiciones, es requisito esencial que se fije un plazo.

Como consecuencia de lo previsto por el artículo trascrito, el concurso con promesa de recompensa no puede ser revocado.

La segunda regla es congruente con la naturaleza del concurso y faculta al promitente a designar el jurado que habrá de elegir al ganador o a los ganadores del concurso:

ART. 1867.—El promitente tiene derecho de designar la persona que deba decidir a quién o a quiénes de los concursantes se otorga la recompensa.

B. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

La estipulación a favor de tercero es el acuerdo entre una persona llamada estipulante y otra llamada promitente por virtud del cual el último se obliga a ejecutar una conducta en provecho de un tercero. Es la segunda figura regula-

da dentro del Capítulo que el Código Civil reserva a la declaración unilateral de voluntad:

> ART. 1868.—En los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero de acuerdo con los siguientes artículos.

a) PARTES QUE INTERVIENEN

La estipulación a favor de tercero presupone la participación de cuando menos tres personas. La primera se denomina estipulante o promisario[13] y es quien solicita la ejecución de una conducta en favor del tercero. La segunda se denomina promitente y es quien debe ejecutar una conducta en favor del tercero. La tercera recibe el nombre de beneficiario o tercero y es quien se ve favorecido por la estipulación.

Supóngase que Luis vende un inmueble a Juan a cambio de cien mil pesos y de que done a Pedro diez mil. En este supuesto Luis actúa como estipulante, Juan como promitente y Pedro como tercero.

b) CONSECUENCIAS JURÍDICAS

En el presente inciso estudiaremos las consecuencias jurídicas de la estipulación a favor de tercero distinguiendo entre las que surgen entre promitente y tercero, entre promitente y estipulante y entre estipulante y tercero.

1. *Consecuencias jurídicas entre promitente y tercero*

- Surgimiento de un derecho en favor del tercero

La principal consecuencia jurídica de la estipulación a favor de tercero es el surgimiento de un derecho en favor de éste y a cargo del promitente. La Doctrina debate sobre cuál es su objeto:

Algunos juristas sostienen que el tercero únicamente está facultado a decidir si acepta o no la conducta estipulada en su favor y concluyen que solo puede exigir su cumplimiento si la acepta. Este criterio se apoya en la siguiente disposición del Código Civil:

> ART. 1871.—La estipulación puede ser revocada mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla. En tal caso, o cuando el tercero rehúse la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido.

[13] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v.1, pp. 171-184.

Conforme al numeral trascrito el derecho del tercero a la conducta del promitente se considera como *no nacido* si la estipulación es revocada antes de su aceptación o si rehúsa la conducta pactada en su favor. Los seguidores del primer criterio interpretan que la aceptación del beneficiario es la que hace surgir su derecho a la conducta del promitente, ya que antes de ese momento existe la posibilidad de que sea considerado *no nacido.*

Otros civilistas afirman que el tercero adquiere derecho a la conducta del promitente desde el momento en que tiene lugar la estipulación. Esta doctrina se fundamenta en los artículos siguientes:

> ART. 1869.—La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado...
>
> ART. 1870.—El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato.

El artículo 1869 establece que el objeto del derecho del tercero es: "exigir del promitente *la prestación a que se ha obligado*". A su vez, el artículo 1870 dispone que, salvo pacto en contrario, el derecho del tercero nace al momento de perfeccionarse el contrato entre estipulante y promitente, sin que sea necesaria la aceptación de aquél.

Desde el punto de vista *legal* ambas opiniones encuentran sustento jurídico.

- Oponibilidad de excepciones

La Ley permite al promitente, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las excepciones que deriven del contrato en que tuvo lugar la estipulación:

> ART. 1872.—El promitente podrá, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato.

En aplicación del numeral citado el promitente puede negarse a ejecutar la conducta a que tiene derecho el tercero si, por ejemplo, el contrato en que fue convenida la estipulación es anulable o inexistente o si el estipulante no ha cumplido con lo que a su vez se obligó en favor del promitente.

2. *Consecuencias jurídicas entre promitente y estipulante*

Entre promitente y estipulante surgen los efectos jurídicos acordados en el contrato correspondiente, que pueden ser de diverso tipo.

Puede ocurrir que el promitente se obligue para con el tercero en razón de que recibirá algo del estipulante, o bien, puede que lo haga a manera de liberalidad. En todo caso, el estipulante estará facultado para exigirle el cumplimiento de las obligaciones pactadas en favor del tercero:

> ART. 1869.—La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado.
>
> *También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación.*

El derecho del estipulante a exigir la conducta pactada en favor del tercero no es distinto del de éste. La estipulación a favor de tercero no crea dos derechos de igual contenido, sino que origina uno solo y legitima a dos personas a ejercitarlo.

3. *Consecuencias jurídicas entre estipulante y tercero*

Entre estipulante y tercero no surgen obligaciones por causa de la estipulación. Sin embargo, ambos pueden intervenir en las relaciones jurídicas que el otro haya entablado con el promitente.

El estipulante puede intervenir en el derecho del tercero frente al promitente de dos maneras: puede exigir su cumplimiento de acuerdo con el artículo 1869 y puede revocarlo antes de su aceptación, según el numeral 1871.[14]

A su vez, el tercero puede exigir al estipulante que cumpla con las obligaciones que, en su caso, hubiera asumido para con el promitente, siempre que de su pago dependa la exigibilidad de su derecho.[15]

Por ejemplo, supóngase que Héctor se obliga con Ramón a entregarle un reloj a cambio de que pinte la casa de María. Mientras Héctor no entregue el reloj a Ramón, éste podrá negarse a pintar la casa de María, oponiendo la excepción de contrato no cumplido. María puede demandar a Héctor que entregue el reloj a fin de exigir a Ramón que pinte su casa.

c) NATURALEZA JURÍDICA

En el Derecho mexicano algunos civilistas han considerado la estipulación a favor de tercero como una cláusula en un contrato, de conformidad con lo previsto por el artículo 1868 anteriormente trascrito.[16] Lo anterior es parcialmente correcto, ya que solo explica el contexto en que surgió la estipulación, pero no por qué el tercero adquiere un derecho sin haber manifestado su asentimiento.

En nuestra opinión la estipulación a favor de tercero tiene una naturaleza jurídica dual: entre estipulante y promitente es una cláusula dentro de un contrato, frente al tercero es una declaración unilateral de voluntad que resulta de la unión de voluntades de aquéllos en un mismo sentido.

El legislador de 1928 enfatizó el carácter unilateral de la estipulación a favor de tercero, al regularla dentro del Capítulo sobre la declaración unilateral de voluntad.

[14] Que el estipulante sea el único facultado para revocar el derecho del tercero es una idea que compartimos con ROJINA VILLEGAS, t. I, *op. cit.*, p. 459.

[15] Véase artículo 32 f. III, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

C. DOCUMENTOS CIVILES A LA ORDEN Y AL PORTADOR

El tercer tipo de declaración unilateral de voluntad que regula el Código Civil en el Capítulo correspondiente es la emisión de documentos civiles a la orden y al portador.

La inclusión de esta materia refleja la influencia directa e indirecta que recibió el legislador de 1928 del Código Civil alemán, ya que ni el Código Napoleón ni los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 previeron disposiciones al respecto.

a) CONCEPTO Y TIPOS DE DOCUMENTOS CIVILES

Documento civil es el escrito cuya elaboración y suscripción permite a una persona obligarse unilateralmente a ejecutar una conducta en favor de otra.

Atendiendo a la legitimación del beneficiario el documento civil puede ser pagadero a la orden o al portador:

> ART. 1873.—Puede el deudor obligarse otorgando documentos civiles pagaderos a la orden o al portador.

Documento civil a la orden es el emitido a favor de una persona específica.

Documento civil al portador es el emitido a favor de quien se encuentre en posesión de él.

b) DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LOS DOCUMENTOS CIVILES A LA ORDEN

El Código Civil regula dos aspectos sobre los documentos civiles a la orden: su transmisión y la responsabilidad de los endosantes.

[16] A decir de Gutiérrez y González la estipulación a favor de tercero también puede ser una cláusula dentro de un testamento (*op. cit.*, p. 459).

1. *Transmisión*

Los documentos civiles a la orden deben transmitirse por endoso. El endoso es el acto de transmisión de un documento y de los derechos inherentes a él que se hace constar al reverso del mismo. Debe cumplir con lo siguiente:

ART. 1874.—La propiedad de los documentos de carácter civil que se extiendan a la orden, se transfiere por simple endoso, que contendrá el lugar y fecha en que se hace, el concepto en que se reciba el valor del documento, el nombre de la persona a cuya orden se otorgó el endoso y la firma del endosante.

Conforme al artículo trascrito el endoso debe satisfacer cuatro requisitos: contener el lugar y la fecha en que se hace; el concepto en que se recibe el valor del documento, en su caso; el nombre del endosatario y la firma del endosante.

El Código Civil también permite que el endoso se realice con la sola firma del endosante, pero supedita el ejercicio de los derechos incorporados en el documento al cumplimiento posterior de los requisitos señalados por el artículo 1874:

ART. 1875.—El endoso puede hacerse en blanco con la sola firma del endosante, sin ninguna otra indicación; pero no podrán ejercitarse los derechos derivados del endoso sin llenarlo con todos los requisitos exigidos por el artículo que precede.

2. *Responsabilidad de los endosantes*

La Ley impone a todos los endosantes la obligación solidaria de cumplir la conducta consignada en el documento, a menos que expresamente se hubieren desligado de ello al realizar el endoso:

ART. 1876.—Todos los que endosen un documento quedan obligados solidariamente para con el portador, en garantía del mismo. Sin embargo, puede hacerse el endoso sin la responsabilidad solidaria del endosante, siempre que así se haga constar expresamente al extenderse el endoso.

La disposición trascrita protege al último endosatario, quien puede dirigirse contra cualquier endosante para obtener el pago de la obligación incorporada en el documento.

c) DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LOS DOCUMENTOS CIVILES AL PORTADOR

El Código Civil regula tres aspectos sobre los documentos civiles al portador: su transmisión, el pago de la obligación incorporada y la oposición de excepciones por parte del emisor.

1. *Transmisión*

Los documentos civiles al portador se transmiten por su simple entrega:

ART. 1877.—La propiedad de los documentos civiles que sean al portador, se transfiere por la simple entrega del título.

Debe aclararse que la Ley no contiene un concepto general de entrega, sino que prevé distintos tipos de entrega en la regulación de los contratos en especial.[17]

2. *Pago de la obligación incorporada*

El emisor del documento al portador debe pagar la obligación respectiva a la persona que lo presente, a menos que haya sido dictada una resolución judicial que lo prohíba:

ART. 1878.—El deudor está obligado a pagar a cualquiera que le presente y entregue el título al portador, a menos que haya recibido orden judicial para no hacer el pago.

El órgano jurisdiccional puede ordenar la suspensión del pago cuando sea solicitada por la persona que afirme haber sido desposeída injustamente del documento:

ART. 1881.—La persona que ha sido desposeída injustamente de títulos al portador, sólo con orden judicial puede impedir que se paguen al detentador que los presente al cobro.

3. *Excepciones que puede oponer el emisor*

El emisor de un documento al portador solo puede negarse a pagarlo por las siguientes causas:

ART. 1880.—El suscriptor del título al portador no puede oponer más excepciones que las que se refieren a la nulidad del mismo título, las que se deriven de su texto o las que tenga en contra del portador que lo presente.

En congruencia con el carácter limitativo del listado de excepciones contenido en la norma trascrita, la Ley no autoriza al emisor a negarse a pagar el documento alegando que entró en circulación contra su voluntad:

ART. 1879.—La obligación del que emite el título al portador no desaparece, aunque demuestre que el título entró en circulación contra su voluntad.

---

[17] Artículos 2284, 2858 y 2859.

El artículo citado protege la seguridad de tráfico en la circulación de los documentos civiles al portador.

d) DEBATE ACERCA DE LA VIGENCIA DE LAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE DOCUMENTOS CIVILES A LA ORDEN Y AL PORTADOR

La Doctrina mexicana ha discutido durante años sobre la vigencia de los artículos que regulan los documentos civiles a la orden y al portador. Algunos juristas sostienen que fueron derogados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mientras que otros afirman que son Derecho vigente.

En favor de que fueron derogadas las disposiciones relativas se pronuncian Manuel Borja Soriano[18] y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[19] A favor de la subsistencia de las mismas encontramos a Rafael Rojina Villegas.[20]

En nuestra opinión los artículos que regulan los documentos civiles a la orden y al portador se encuentran vigentes, ya que no se oponen a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ni pudieron ser derogados por ésta.

No obstante la vigencia de los dispositivos mencionados, en la práctica su aplicación es mínima o inexistente. Lo común es que las partes recurran a títulos de crédito y no a documentos civiles para incorporar sus derechos, ya que la regulación de los primeros es más completa, depurada y se encuentra libre de debates sobre su vigencia.

[18] BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 318-321.

[19] Tesis de rubro: "DOCUMENTOS CIVILES, NO PUEDEN TRANSFERIRSE POR ENDOSO", Registro No. 351723, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, LXXIV, Página: 4567, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[20] ROJINA VILLEGAS, t. I, *op. cit.*, pp. 467-472.

CAPÍTULO DÉCIMO NOVENO

ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO

I. INTRODUCCIÓN

El enriquecimiento ilegítimo es la tercera fuente de obligaciones que prevé el Código Civil. Se inspira en el principio general de Derecho consistente en que nadie puede enriquecerse sin causa a costa ajena.[1] Su regulación es particularmente útil cuando no hay otra vía para restituir el patrimonio menoscabado.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los romanistas ubican al enriquecimiento ilegítimo entre los cuasicontratos.[2]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló el enriquecimiento ilegítimo dentro del Capítulo relativo a los cuasicontratos y enfocó sus normas al pago de lo indebido (artículo 1377).

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Reguló el enriquecimiento ilegítimo dentro de un Capítulo relativo al pago y —al igual que el Código Napoleón— orientó sus normas al pago de lo indebido (artículo 1545).

[1] D. 12. 7. 3. §3.

[2] *Cfr.* PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 10 ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1993, p. 447.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Estructuró su regulación sobre la materia de acuerdo con las directrices del Derecho Romano.

En primer lugar previó el enriquecimiento ilegítimo como género. Posteriormente desarrolló los enriquecimientos ilegítimos "típicos" que fueron conocidos en Roma.

III. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO

A. Concepto de enriquecimiento ilegítimo

El enriquecimiento ilegítimo es la obtención de una ventaja patrimonial en detrimento de una persona sin que exista una causa jurídica que lo justifique.

La Doctrina ha empleado distintas expresiones para designar esta fuente de obligaciones. Los juristas alemanes, siguiendo su legislación, la llamaron "enriquecimiento injusto".[3] Rojina Villegas se refiere a ella como "enriquecimiento sin causa", por considerar que el enriquecimiento ilegítimo es el que deriva de la comisión de un ilícito.[4] Por nuestra parte emplearemos la terminología que sigue el Código Civil a fin de evitar confusiones.

B. Elementos del enriquecimiento ilegítimo

A partir de la definición de enriquecimiento ilegítimo pueden derivarse cuatro elementos que lo configuran:[5] la obtención de una ventaja patrimonial, el detrimento patrimonial de una persona, una relación inmediata entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y la ausencia de causa jurídica.

A continuación analizaremos cada elemento.

a) Obtención de una ventaja patrimonial

El primer requisito para que haya enriquecimiento ilegítimo es que una persona obtenga una ventaja patrimonial, es decir, que se enriquezca de algún modo.

[3] Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 2, p. 43.

[4] Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, p. 39.

[5] En igual sentido Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 2, pp. 952-977; Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 474; Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 203.

El enriquecimiento puede producirse en el lado activo o pasivo del patrimonio.

El enriquecimiento en el activo se verifica cuando una persona incrementa el número de derechos de que es titular, cuando aumenta el valor de los que ya tenía o cuando no se extinguen los que debían extinguirse.

El enriquecimiento en el pasivo ocurre cuando una persona disminuye el número de obligaciones a su cargo, cuando se reduce el valor de las existentes o cuando no se crean las que debían crearse.

b) Detrimento patrimonial de otro

El segundo elemento del enriquecimiento ilegítimo es el detrimento patrimonial que debe sufrir una persona. La Doctrina también lo llama "empobrecimiento".

Al igual que como sucede con el enriquecimiento, el empobrecimiento puede incidir tanto en el activo como en el pasivo patrimoniales.

El empobrecimiento en el activo tiene lugar cuando disminuye el número de derechos de que una persona es titular, cuando se reduce el valor de los existentes o cuando no se crean los que debían crearse.

El empobrecimiento en el pasivo se origina por el incremento del número de obligaciones, por el aumento de valor de las existentes o por no extinguirse las que debían extinguirse.

c) Relación inmediata entre el enriquecimiento y el empobrecimiento

Para que haya enriquecimiento ilegítimo es necesario que la obtención de ventajas de una persona guarde una correspondencia inmediata con el detrimento que otra sufra.

El principio de inmediatez ha sido entendido como el nexo causal que debe haber entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, es decir, que el segundo sea consecuencia del primero.[6]

d) Ausencia de causa jurídica

El cuarto elemento del enriquecimiento ilegítimo es la falta de una causa jurídica que justifique las ganancias de una persona y las pérdidas de otra. Si-

[6] En este sentido Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 48; Bejarano Sánchez, *op. cit.* p. 203; De la Peza Muñoz Cano, *op. cit.*, p. 76; Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 476; Borja Soriano, *op. cit.*, p. 324.

guiendo a Bonnecase, la ausencia de causa es: "*la no justificación en derecho del enriquecimiento*".[7]

Por causa jurídica entendemos la hipótesis prevista en una norma de Derecho cuya actualización permite a una persona obtener ventajas patrimoniales en detrimento de otra.

IV. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

Las normas sobre enriquecimiento ilegítimo provienen principalmente de tres fuentes: del Código Napoleón, del *BGB* y del Código Suizo de las Obligaciones.

El principio general que rige la figura y la estructura general de su regulación fueron tomados de los Códigos alemán y suizo, mientras que las reglas sobre el pago de lo indebido son de corte francés.

El Capítulo sobre enriquecimiento ilegítimo principia con la regla general que lo define y posteriormente desarrolla supuestos específicos de enriquecimiento, igual a como hicieron las legislaciones germana y suiza.

A. Regla general

La Ley alude al enriquecimiento ilegítimo como género en la siguiente disposición:

> Art. 1882.—El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.

El artículo trascrito se divide en dos partes:

La primera contiene el supuesto jurídico: "el que sin causa se enriquece en detrimento de otro". Esta línea alberga los cuatro elementos que integran el concepto de enriquecimiento ilegítimo: obtención de ventajas patrimoniales de una persona, empobrecimiento de otra, relación causa-efecto entre empobrecimiento y enriquecimiento y ausencia de causa jurídica.

La segunda parte contiene la consecuencia jurídica: "está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido". La línea citada es la que confiere al enriquecimiento ilegítimo el carácter de fuente de obligaciones: quien "ilegítimamente" se enriquece a costa de otro contrae la obligación de indemnizarlo.

[7] Bonnecase, *op. cit.*, p. 817.

La acción concedida al perjudicado es denominada por la Doctrina acción de repetición o *actio in rem verso*.

El artículo 1882 delimita la cuantía de la obligación a cargo del enriquecido: debe indemnizar *en la medida de su enriquecimiento*. Lo común es que el enriquecimiento tenga el mismo valor que el empobrecimiento: si el valor del patrimonio de una persona se incrementa en "x", generalmente el de la otra disminuirá en igual proporción. Sin embargo, Rojina Villegas acertadamente explica que el valor del enriquecimiento puede no coincidir con el del empobrecimiento.[8]

B. Especies de enriquecimiento ilegítimo

El Código Civil prevé tres especies de enriquecimiento ilegítimo: el pago de lo indebido, el enriquecimiento por una causa contraria a Derecho y el enriquecimiento por una causa contraria a la moral.

a) Pago de lo indebido

El pago de lo indebido es una especie de enriquecimiento ilegítimo que tiene lugar cuando una persona ejecuta una conducta en favor de otra bajo la falsa creencia de que cumplía una obligación.

La expresión "pago de lo indebido" ha sido criticada por autores como Gutiérrez y González, quien afirma que la definición técnica de pago es "cumplimiento efectivo de la obligación" y que solo debe pagarse aquello que se debe, por lo que no es posible pagar lo que no se adeuda. El autor concluye que el nombre correcto de la figura debió ser "*entrega de lo indebido*".[9] La denominación propuesta tampoco es del todo afortunada, ya que presupone que la conducta ejecutada por el perjudicado siempre es una entrega, cuando también puede consistir en la prestación de un hecho o en una omisión.

Si no desea utilizarse la terminología legal puede emplearse la expresión "*prestación o abstención de lo no debido*".

El Código Civil prevé reglas distintas sobre el pago de lo indebido atendiendo al tipo de conducta ejecutada por el perjudicado y a la buena o mala fe de quien se enriquece. Posteriormente establece algunas normas comunes.

1. *Reglas del pago de lo indebido según el tipo de conducta ejecutada*

Lo indebidamente "pagado" puede consistir en la entrega de un bien, en la ejecución de un hecho o en la observancia de una omisión.

[8] *Cfr.* Rojina Villegas, t. II, *op. cit.*, p. 51.

[9] Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 479 y 480.

■ Reglas aplicables a la entrega de un bien

Cuando el pago de lo indebido consiste en la entrega de un bien, es necesario determinar si la persona que se enriquece procede de buena o de mala fe.

No existe una definición legal de buena o mala fe en esta materia, sin embargo, a partir de la interpretación sistemática del ordenamiento[10] puede concluirse que obra de buena fe quien recibe una conducta pensando que tiene derecho a ella o ignorando el error del perjudicado. En contraste, obra de mala fe quien recibe la conducta a sabiendas de que no tiene derecho a ella.

□ Actuación de buena fe

La Ley regula cuatro aspectos sobre la actuación de buena fe de quien recibe un bien: qué debe restituir, qué derechos le corresponden si efectúa gastos necesarios o útiles, cuál es su responsabilidad por la pérdida o menoscabo del bien y qué sucede si lo enajena.

En lo relativo a qué debe restituir es aplicable lo siguiente:

> ART. 1883.—Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla...

Con relación a los derechos que corresponden a quien se enriquece, en caso de que efectúe gastos necesarios o útiles, la Ley prevé lo siguiente:

> ART. 1889.—El que de buena fe hubiere aceptado un pago indebido, tiene derecho a que se le abonen los gastos necesarios y a retirar las mejoras útiles, si con la separación no sufre detrimento la cosa dada en pago. Si sufre, tiene derecho a que se le pague una cantidad equivalente al aumento de valor que recibió la cosa con la mejora hecha.

Conforme al artículo trascrito, los gastos necesarios[11] deben reembolsarse en su totalidad, mientras que los útiles[12] deben restituirse en la medida en que aumentaron el valor del bien, siempre que no sea posible retirar las mejoras que se hubieren hecho.

Respecto a la responsabilidad de quien recibe el bien por su pérdida o menoscabo debe observarse lo siguiente:

> ART. 1887.—El que de buena fe hubiere aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de los menoscabos o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellos se hubiere enriquecido...

---

10 Artículos 806 y 904.

11 "ART. 817.—Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley, y aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora."

12 "ART. 818.—Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa."

El numeral citado favorece al receptor, ya que limita su responsabilidad al importe del enriquecimiento que obtuvo por la pérdida o menoscabo del bien. Por ejemplo, si una persona recibe de buena fe una pintura valiosa y le prende fuego para generar calor, solo deberá restituir el importe de lo que hubiera gastado para generar un calor equivalente y no el valor de la obra.

En lo referente a las consecuencias de la enajenación del bien, la Ley distingue entre la efectuada a título oneroso y la realizada a título gratuito. Si el bien es enajenado a título oneroso la enajenación subsistirá y el enajenante deberá restituir el precio o ceder el derecho a exigirlo:

> ART. 1887.—El que de buena fe hubiere aceptado un pago indebido de cosa cierta... Si la hubiere enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.

La norma trascrita antepone la seguridad de tráfico a la correcta estructuración del acto jurídico. Quien recibe un bien sin tener derecho a ello no puede enajenarlo, ya que en ningún momento adquirió el derecho de propiedad sobre él; en otras palabras, el receptor no puede transmitir un derecho que no es suyo. La sanción aplicable debió ser que no haya acto jurídico, por falta de objeto. Sin embargo, para proteger a los terceros *de buena fe* que hubieren contratado con el receptor, la Ley ordenó la subsistencia de la enajenación y confirió al perjudicado el derecho a recibir el precio. En nuestra opinión, si el tercero procede de mala fe la "enajenación" no debe subsistir, ya que de lo contrario se atentaría contra la *ratio iuris* que inspiró el artículo anotado.

La regla es distinta tratándose de enajenaciones a título gratuito:

> ART. 1888.—Si el que recibió de buena fe una cosa dada en pago indebido, la hubiere donado, no subsistirá la donación y se aplicará al donatario lo dispuesto en el artículo anterior.

De acuerdo con el artículo trascrito las "enajenaciones" a título gratuito de bienes indebidamente "pagados" no subsisten, por lo que el propietario puede reivindicarlos. El "donatario" asume la posición jurídica que en su momento guardó el receptor del "pago", en todo lo relativo al objeto de la restitución, al reembolso de los gastos necesarios y útiles y a la responsabilidad por pérdida o menoscabo del bien.

□ Actuación de mala fe

El legislador es severo con quien recibe un pago indebido de mala fe. Procederemos a analizar los cuatro aspectos desarrollados en la sección anterior: qué debe restituir el receptor, qué derechos le corresponden si efectúa gastos

necesarios o útiles, cuál es su responsabilidad por la pérdida o menoscabo del bien y qué sucede si lo enajena.

La persona que recibe un bien de mala fe no solo debe devolverlo, sino que también debe entregar los frutos percibidos y los dejados de percibir:

> ART. 1883.—Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla...
>
> ART. 1884.—El que acepte un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos y los dejados de percibir, de las cosas que los produjeren...

Con relación a los derechos que pudieran corresponder al receptor del "pago" por los gastos necesarios o útiles que hubiere efectuado sobre el bien, la Ley no establece regla alguna dentro del Capítulo sobre enriquecimiento ilegítimo.

En lo referente a la responsabilidad por pérdida o menoscabo del bien es de observarse lo siguiente:

> ART. 1884.—El que acepte un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe...
> Además, responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No responderá del caso fortuito cuando éste hubiere podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó.

La responsabilidad del receptor por la pérdida o menoscabo del bien es casi absoluta. La única eximente se encuentra en la parte final del numeral trascrito: no deberá responder del caso fortuito cuando hubiera podido afectar del mismo modo a quien hizo el "pago".[13]

En lo relativo a las consecuencias derivadas de la enajenación del bien, la Ley también distingue entre las transmisiones efectuadas a título oneroso y las realizadas a título gratuito. Si el bien es enajenado a título oneroso es aplicable lo siguiente:

> ART. 1885.—Si el que recibió la cosa con mala fe, la hubiere enajenado a un tercero que tuviere también mala fe, podrá el dueño reivindicarla y cobrar de uno u otro los daños y perjuicios.

[13] Supóngase que lo recibido fue un caballo y que pereció debido a una epizootia que afectó a todo el país. En este supuesto el receptor no deberá responder del caso fortuito, ya que de haberse encontrado el animal en poder de quien lo entregó también hubiera perecido.

Conforme a la norma anotada la enajenación onerosa subsistirá si el adquirente procedió de buena fe. En caso contrario el propietario podrá reivindicar el bien y demandar una indemnización tanto a quien pretendió enajenar como a quien pretendió adquirir.

En contraste, si el bien "se enajena" a título gratuito no habrá transmisión con independencia de la buena o mala fe de quien pretendió adquirir:

> ART. 1886.—Si el tercero a quien se enajena la cosa la adquiere de buena fe, sólo podrá reivindicarse si la enajenación se hizo a título gratuito.

- Reglas aplicables a la ejecución de un hecho

El Código Civil vigente previó la posibilidad de que lo "pagado" indebidamente sea un hecho. El legislador solo dedicó un artículo a este supuesto:

> ART. 1883.—...
> Si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido.

Para determinar el importe de la restitución la norma trascrita atiende a la buena o mala fe de quien se vio favorecido por la conducta. Si el beneficiado procedió de buena fe solo deberá entregar lo equivalente a su enriquecimiento. Si procedió de mala fe deberá cubrir el costo corriente de la prestación. Un ejemplo permitirá aclarar ambos escenarios:

Supóngase que una persona lleva su automóvil a un taller mecánico para un cambio de frenos y equivocadamente los empleados del establecimiento realizan también una revisión general y resanan la totalidad de los rayones y abolladuras del vehículo. Si el propietario del automóvil procedió de buena fe solo deberá cubrir una cantidad equivalente al enriquecimiento percibido por los servicios no solicitados, consistente en lo que el vehículo aumentó de valor por ellos. Por el contrario, si el propietario procedió de mala fe deberá pagar la contraprestación que ordinariamente cobra el taller por los servicios prestados.

- Reglas aplicables a la ejecución de una omisión

El Código Civil no prevé reglas especiales para el caso de que el pago de lo indebido consista en una omisión, quizá porque el supuesto es de difícil realización desde el punto de vista teórico y práctico.[14] Sin embargo, el perju-

[14] Piénsese que una persona se abstiene de competir en un concurso porque erróneamente pensó que se había obligado a ello.

dicado puede obtener la reparación patrimonial con base en la regla general prevista por el artículo 1882.

2. *Reglas comunes*

La Ley establece algunas reglas comunes sobre el pago de lo indebido aplicables con independencia del tipo de conducta ejecutada.

- Exclusión de la obligación de restituir

El beneficiario del pago de lo indebido no deberá prestar indemnización alguna en el siguiente supuesto:

> ART. 1890.—Queda libre de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, dejado prescribir la acción, abandonando las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que paga indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores, respecto de los cuales la acción estuviere viva.

La exclusión de la obligación de restituir, prevista por el artículo trascrito, exige el cumplimiento de tres requisitos: que el receptor del pago hubiere actuado de buena fe, que hubiere sido titular de un derecho legítimo y subsistente y que hubiere inutilizado el documento en que se hubiere consignado el crédito, lo hubiere dejado prescribir o hubiere abandonado sus garantías. De cumplirse los requisitos indicados el autor del "pago" solo podrá repetir contra los deudores o fiadores de quien lo recibió, siempre que la acción del último "estuviere viva".

El Código Civil prevé dos casos adicionales en los que no concede la acción de repetición:

> ART. 1894.—El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir.

La norma trascrita será comentada al estudiar las obligaciones naturales.[15]

- Prueba del error

Es esencial al pago de lo indebido que su autor lo ejecute bajo el influjo de *error*.

El Código Civil impone a quien hizo el "pago" la carga de probar tanto su ejecución como el error que lo motivó:

[15] Véase capítulo sexagésimo segundo.

> ART. 1891.—La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclama. En este caso, justificada la entrega por el demandante, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que recibió.

La norma trascrita es de carácter procesal, por lo que debe trasladarse al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

- Presunción de error

La Ley presume que el autor del "pago" actuó bajo el influjo del error en los siguientes casos:

> ART. 1892.—Se presume que hubo error en el pago, cuando se entrega cosa que no se debía o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pide la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por cualquiera otra causa justa.

Conforme al artículo anotado el error en el "pago" se presume si se ejecutó una conducta que no se debía o que ya había sido pagada. Ambas son presunciones *iuris tantum* y contrastan con lo dispuesto por el artículo 1891, que impone a quien hizo el "pago" la carga de probar su error. Atendiendo al artículo 1892, la mayoría de las veces la carga de la prueba revertirá en contra del receptor,[16] quien habrá de acreditar que el autor del "pago" no actuó por error, sino por una causa jurídica.

- Prescripción

El Código Civil prevé reglas especiales sobre el tiempo en que prescribe la obligación de restituir:

> ART. 1893.—La acción para repetir lo pagado indebidamente prescribe en un año, contado desde que se conoció el error que originó el pago. El solo transcurso de cinco años, contados desde el pago indebido, hace perder el derecho para reclamar su devolución.

La disposición trascrita establece dos plazos de prescripción: un año a partir de que el autor del "pago" conoció su error o cinco años desde que ejecutó la conducta, lo que ocurra primero.

[16] El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal prevé:
"ART. 282.—El que niega sólo será obligado a probar:...
II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;..."

b) ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO POR HECHOS CONTRARIOS A LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES

La entrega de bienes con el propósito de que se ejecute un hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres constituye un supuesto de enriquecimiento ilegítimo:

> ART. 1895.—Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la Beneficencia Pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó.

Debe criticarse que el legislador haya distinguido entre lo "ilícito" y lo "contrario a las buenas costumbres", ya que lo primero comprende lo segundo:

> ART. 1830.—Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.[17]

Debe tenerse presente que lo previsto por el artículo 1895 solo es aplicable a ilícitos civiles; en caso de que la conducta de los involucrados actualice también una hipótesis penal deberán observarse las reglas correspondientes a la materia Penal.

[17] Véase capítulo tercero.

CAPÍTULO VIGÉSIMO

GESTIÓN DE NEGOCIOS

I. INTRODUCCIÓN

La gestión de negocios constituye una excepción al principio de intangibilidad patrimonial, ya que permite a una persona intervenir en una esfera jurídica ajena sin consentimiento de su titular e incluso en contra de su voluntad.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los romanistas catalogan la gestión de negocios como un cuasicontrato.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló la gestión de negocios dentro del Capítulo relativo a los cuasicontratos.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Previó la gestión de negocios dentro del mismo Título del mandato (artículo 2416).

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Distingue entre contrato de gestión de negocios y gestión de negocios sin mandato. El primero es un negocio jurídico por el que se encomienda la atención de un asunto. La segunda es un hecho jurídico que tiene lugar sin que medie encargo alguno.

III. CONCEPTO LEGAL

El Código Civil prevé el siguiente concepto de gestión de negocios:

> ART. 1896.—El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.

Procederemos a desglosar el contenido del artículo trascrito.

- Ausencia de mandato

Para que haya gestión de negocios es necesario que el gestor actúe sin mandato. La palabra "mandato" puede entenderse en su sentido coloquial o en su acepción jurídica. En sentido coloquial mandato es sinónimo de orden o encargo.[1] En sentido jurídico mandato es un contrato:

> ART. 2546.—El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

En nuestra opinión el artículo 1896 comprende ambas acepciones de la palabra mandato.

El contrato de mandato y la gestión de negocios comparten elementos comunes: ambos autorizan la intromisión en patrimonios ajenos y producen consecuencias jurídicas similares. Lo anterior explica por qué en diversos momentos la Ley y la Doctrina los desarrollaron conjuntamente. Sin embargo, el mandato se distingue de la gestión de negocios por un aspecto esencial: el primero es un contrato, deriva del acuerdo de voluntades. En contraste, la gestión de negocios surge de la actuación voluntaria de una persona.

- Ausencia de obligación

Para que haya gestión de negocios el gestor debe actuar de manera espontánea, sin estar obligado a ello.

Carece de sentido que la Ley disponga que el gestor deba actuar "sin mandato" y "sin estar obligado a ello", ya que toda persona que obra por mandato lo hace por obligación. La referencia a la ausencia de mandato podría suprimirse sin alterar el contenido y funcionamiento de la gestión de negocios.

- Se encarga de un asunto de otro

La gestión de negocios supone que una persona interviene en un asunto ajeno.

[1] Según el Diccionario de la Real Academia Española.

Por "asunto" debe entenderse cualquier hecho, material o jurídico, o cualquier acto que involucre al dueño del negocio.[2]

En lo relativo a que el asunto deba ser "de otro" debemos formular dos comentarios:

El primero, que no hay gestión de negocios si el gestor actúa respecto de un asunto *propio* creyendo que defiende intereses ajenos.

El segundo, que el criterio dominante en la Doctrina es que el gestor, en adición a encargarse de un asunto ajeno, debe tener el ánimo de atenderlo *en su carácter de ajeno*. En otras palabras, no habrá gestión de negocios si el gestor se encarga de un asunto ajeno pensando que es propio.[3]

- Obrar conforme a los intereses del dueño del negocio

Es esencial a la gestión de negocios que el gestor se conduzca conforme a los intereses del dueño.

Es posible que el gestor se ocupe de un asunto ajeno tanto en interés propio como en el de otro. Por ejemplo, la persona que extingue un incendio en el inmueble colindante al suyo puede hacerlo por el simple deseo de ayudar o también para evitar que el fuego se propague a su propiedad. En ambos supuestos habrá gestión de negocios.

El artículo 1896 nada prevé sobre los motivos que deben conducir a una persona a realizar la gestión. Tomando en cuenta los antecedentes de la figura consideramos que debe tener un interés altruista.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

La gestión de negocios puede producir obligaciones para el gestor, para el dueño del negocio y servir de vehículo para entablar relaciones jurídicas con terceros.

A. OBLIGACIONES DEL GESTOR

El gestor contrae cuatro obligaciones para con el dueño del negocio.

[2] Por ejemplo, actúa como gestor de negocios quien cuida espontáneamente a un menor de edad ante la falta de sus padres —hecho material—, quien posee un bien por cuenta de otro sin estar obligado a ello —hecho jurídico—; y quien comparece a juicio en representación de otro —acto jurídico—.

[3] Por ejemplo, no hay gestión de negocios si una persona impermeabiliza un inmueble ajeno pensando que es suyo.

a) OBRAR CON DILIGENCIA

La primera obligación del gestor es actuar diligentemente:

ART. 1897.—El gestor debe desempeñar su encargo *con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios...*

La Ley permite la intromisión en esferas jurídicas ajenas, pero exige cautela a quien la hace. Conforme al numeral citado el gestor debe desempeñar su labor con la misma diligencia que emplearía en sus asuntos.

b) COMUNICAR SU GESTIÓN AL DUEÑO DEL NEGOCIO

El gestor debe comunicar su actuación al dueño del negocio tan pronto como sea posible:

ART. 1902.—El gestor, tan pronto como sea posible, debe dar aviso de su gestión al dueño...

La Ley no prevé una manera específica en que el gestor deba comunicar su actuación, por lo que debe admitirse cualquier medio.

c) CONTINUAR SU GESTIÓN HASTA LA CONCLUSIÓN DEL ASUNTO

El gestor debe continuar su actuación hasta que finalice el asunto de acuerdo con lo siguiente:

ART. 1902.—El gestor, tan pronto como sea posible, debe dar aviso de su gestión al dueño *y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora.*

Si no fuere posible dar ese aviso, el gestor debe continuar su gestión hasta que concluya el asunto.

Conforme al numeral anotado el gestor debe continuar su labor hasta la terminación del asunto en tres supuestos: cuando habiendo dado aviso de su gestión al dueño del negocio, éste hubiere ordenado que continúe; cuando habiendo dado el citado aviso el dueño no dicte instrucción alguna y hubiere peligro en la demora y cuando no le fuere posible dar el aviso mencionado.

d) RESARCIR LOS DAÑOS Y/O PERJUICIOS OCASIONADOS AL DUEÑO DEL NEGOCIO

La cuarta obligación del gestor es indemnizar al dueño del negocio por los daños y/o perjuicios que cause su intromisión.

1. Grados de responsabilidad

El régimen de responsabilidad del gestor varía dependiendo de las condiciones en que fue ejecutada su labor. A continuación desarrollaremos los supuestos respectivos de menor a mayor severidad.

- Responsabilidad por dolo o falta grave

El escenario más favorable para el gestor es que solo deba responder por su dolo o falta grave. Esto tiene lugar cuando actúa para evitar un daño inminente al dueño del negocio:

ART. 1898.—Si la gestión tiene por objeto evitar un daño inminente al dueño, el gestor no responde más que de su dolo o de su falta grave.

El artículo citado es una copia del parágrafo 680 del Código Civil alemán. Su aplicación tiene lugar, por ejemplo, si una persona se percata de que las tuberías de un inmueble desocupado se han corroído y han comenzado a dejar salir el agua, originando el riesgo inminente de una inundación. En caso de que decida repararlas solo responderá por su dolo o falta grave.

- Responsabilidad por culpa o negligencia

La regla general es que el gestor deba responder por su culpa o negligencia:

ART. 1897.—El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, *e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione.*

Siempre que la gestión no tenga por objeto evitar al dueño del negocio un daño inminente, el gestor deberá responder de los daños y/o perjuicios que ocasione por su culpa o negligencia. Por ejemplo, la persona que hubiere dado alimentos inapropiados a un perro perdido deberá sufragar, en su caso, los gastos de veterinario.

- Responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor

El gestor debe reparar los daños y/o perjuicios que deriven del caso fortuito o fuerza mayor en tres supuestos:

El primero, cuando actúe contra la voluntad del dueño del negocio:

ART. 1899.—Si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe reparar los daños y perjuicios que resulten a aquél, aunque no haya incurrido en falta.

La norma trascrita también fue copiada del *BGB* y tiene como propósito desalentar la intromisión en una esfera jurídica ajena cuando su titular no la

desea. Por ejemplo, piénsese que una persona se ofrece a llevar un reloj ajeno a componer y su propietario no lo desea; si la primera decide actuar y durante el trayecto al taller es asaltada deberá resarcir el daño.

El segundo supuesto se verifica cuando el gestor lleva a cabo operaciones arriesgadas:

> ART. 1900.—El gestor responde aun del caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio tuviere costumbre de hacerlas;...

En aplicación de la regla citada el gestor responderá si, por ejemplo, en medio de una fuerte tormenta transporta mercancía del dueño del negocio y ésta se pierde por el desbordamiento de un río.

El tercer supuesto tiene lugar cuando el gestor hubiere actuado más en interés propio que en el del dueño del negocio:

> ART. 1900.—El gestor responde aun del caso fortuito... o si hubiere obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio.

Conforme a la regla anotada el gestor deberá responder si, por ejemplo, lleva a afinar el automóvil de su amigo en consideración a que le sería prestado la semana siguiente y durante el camino es impactado por otro vehículo.

2. *Responsabilidad por delegación*

En adición al régimen de responsabilidad examinado anteriormente, el Código Civil dispone que el gestor también será responsable de los daños y/o perjuicios que irroguen las personas a quienes delegue sus funciones:

> ART. 1901.—Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo; responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio.
>
> La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria.

Siguiendo el artículo trascrito, la persona que se auxilia de otras para fumigar la casa del vecino será responsable de los menoscabos que ocasionen los ayudantes.

B. OBLIGACIONES DEL DUEÑO DEL NEGOCIO

El dueño del negocio contraerá distintas obligaciones para con el gestor dependiendo de si ratifica o no la gestión o de si ésta se llevó a cabo en contra de su voluntad. No asumirá obligación alguna cuando el gestor actúe con la intención de realizar una liberalidad.

a) RATIFICACIÓN DE LA GESTIÓN

En caso de que el dueño del negocio ratifique la gestión será aplicable lo siguiente:

> ART. 1906.—La ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato.
>
> La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió.

Algunos juristas sostienen que la ratificación *convierte* a la gestión de negocios en mandato, mientras que otros opinan que *conserva su esencia* y solo se producen las consecuencias del mandato.

En nuestra opinión la ratificación *no* convierte la gestión en mandato, sino solo produce algunos de sus efectos. Nuestro criterio se fundamenta tanto en la redacción del artículo 1906 como en el principio según el cual la esencia de las figuras jurídicas se define al momento de su nacimiento.

El contrato de mandato origina cuatro obligaciones a cargo del mandante:[4] retribuir al mandatario (artículo 2549), anticiparle las cantidades que solicite para la ejecución de lo encomendado (artículo 2577), reembolsarle los gastos en que incurra (artículo 2577) e indemnizarle por los daños y/o perjuicios que sufra (artículo 2578). La gestión de negocios, aunque ratificada, no produce la primera ya que la Ley expresamente la excluye:

> ART. 1904.—Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes; *pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión.*

Procederemos a comentar el resto de las obligaciones.

1. *Anticipar las cantidades necesarias para la ejecución de lo encomendado*

El dueño del negocio solo contrae la obligación de anticipar fondos si ha ratificado lo actuado hasta el momento y fuesen necesarios recursos adicionales para concluir el asunto.

2. *Reembolsar gastos*

El dueño del negocio debe reembolsar los gastos hechos por el gestor:

> ART. 1903.—El dueño de un asunto que hubiere sido útilmente gestionado, debe... pagar los gastos de acuerdo con lo prevenido en los artículos siguientes.

---

[4] Para profundizar en este tema véase RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 261 y 262.

En el artículo siguiente la Ley dispone:

ART. 1904.—Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes...

3. *Indemnizar daños y perjuicios*

El dueño del negocio debe resarcir los daños y/o perjuicios que sufra el gestor en cumplimiento de su labor.

b) NO RATIFICACIÓN DE LA GESTIÓN

El dueño del negocio que no ratifique la gestión solo responderá de lo siguiente:

ART. 1907.—Cuando el dueño del negocio no ratifique la gestión, sólo responderá de los gastos que originó ésta, hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo del negocio.

Conforme a la norma trascrita el dueño del negocio solo contrae una obligación para con el gestor: reembolsar los gastos que hubiere erogado en proporción a las ventajas obtenidas.

Si las ventajas conseguidas equivalen a lo erogado o son superiores, el dueño del negocio deberá reembolsar la totalidad de los gastos. Si las ventajas son inferiores deberá reembolsar el importe de éstas.

Por ejemplo, si el gestor gasta diez mil pesos en reparar un automóvil y debido a su gestión aumenta de valor en diez mil pesos o más, podrá obtener un reembolso total. Por el contrario, si después de la reparación el valor del automóvil solo incrementa en cinco mil pesos, ésta será la cantidad que podrá reclamar al dueño del negocio.

c) GESTIÓN CONTRARIA A LA VOLUNTAD DEL DUEÑO DEL NEGOCIO

Cuando el gestor actúe en contra de la voluntad del dueño del negocio será aplicable lo siguiente:

ART. 1905.—El gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene obligación de pagar a aquél el importe de los gastos hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios hechos.

El dueño del negocio solo debe reembolsar los gastos efectuados por el gestor cuando aproveche los beneficios de la gestión. La cuantía del reembolso se definirá en función de las ventajas obtenidas, conforme a lo explicado en el inciso que antecede. En caso de que el dueño del negocio no aproveche los beneficios de la gestión, estará exento de cubrir reembolso alguno y podrá exigir al gestor que vuelva las cosas al estado que guardaban antes de su labor.

La parte final del artículo 1905 establece una excepción: el dueño del negocio deberá reembolsar la totalidad de los gastos necesarios si la gestión hubiere tenido por objeto librarlo de un deber impuesto en interés público. Esta regla fue copiada del *BGB* y su aplicación tiene lugar, por ejemplo, cuando una persona modifica un inmueble ajeno a fin de que se ajuste a lo prescrito por el Reglamento de Construcciones.

El Código Civil enuncia otros dos supuestos en que el dueño del negocio deberá reembolsar la totalidad de los gastos erogados por el gestor, aún cuando la gestión se hubiere llevado a cabo contra su voluntad.

El primer supuesto se verifica cuando el gestor cubre cantidades debidas por concepto de alimentos:

ART. 1908.—Cuando sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de aquél su importe, a no constar que los dio con ánimo de hacer un acto de beneficencia.

La parte final del numeral anotado confirma que el dueño del negocio no asumirá obligación alguna cuando el gestor actúe con intención de realizar una liberalidad. En nuestra opinión la disposición citada debe derogarse, ya que no añade algo a lo previsto por el artículo 1905 (considerando que la obligación de prestar alimentos es de interés público)[5] y su contenido resulta de las normas que regulan la obligación alimentaria.[6]

El segundo supuesto tiene lugar cuando una persona sufraga gastos funerarios que no le corresponden:

ART. 1909.—Los gastos funerarios proporcionados a la condición de la persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos al que los haga, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que hubieren tenido la obligación de alimentarlo en vida.

---

[5] Artículos 138 Ter y 321.

[6] Artículo 322.

La necesidad de reembolsar gastos funerarios proviene del Derecho Romano.[7]

C. Efectos de la gestión de negocios con relación a terceros

Es posible que el gestor celebre un acto jurídico a nombre y por cuenta del dueño del negocio. En esta hipótesis debe determinarse si el último deberá cumplir los compromisos asumidos en favor de terceros.

Si el dueño del negocio ratifica la gestión se producirán retroactivamente los efectos del mandato, conforme al artículo 1906 antes estudiado, por lo que deberá cumplir las obligaciones que el gestor hubiere contraído a su nombre.

Si el dueño del negocio no ratifica la gestión existen disposiciones que permiten sostener tanto que estará obligado en favor de terceros como que no lo estará.

Conforme al siguiente numeral el dueño del negocio *sí* deberá cumplir los compromisos asumidos para con terceros:

> Art. 1903.—El dueño de un asunto que hubiere sido útilmente gestionado, debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él...

El artículo trascrito puede interpretarse de manera que el dueño del negocio que no ratifique la gestión, deberá cumplir las obligaciones contraídas a nombre suyo siempre que el asunto "*hubiere sido útilmente gestionado*".

Los siguientes artículos permiten sostener que el dueño del negocio *no* deberá cumplir las deudas mencionadas:

> Art. 1801.—Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.

> Art. 1802.—Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley.
>
> Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.

En nuestra opinión el dueño del negocio que no ratifique la gestión *no* asumirá obligación alguna para con terceros. De lo contrario carecería de sentido

[7] D. 11. 7. 12. §2-5.

la prohibición del artículo 1801 y se concedería al gestor una facultad excesiva de intromisión en la esfera jurídica de aquél.[8] Los terceros podrán dirigirse en contra de quien indebidamente contrató a efecto de obtener una indemnización por los daños y/o perjuicios sufridos.

[8] De admitir que la gestión no ratificada obliga al dueño del negocio para con terceros, en la medida en que haya sido útil, cualquier persona podría dar en arrendamiento un bien ajeno siempre que el importe de la renta sea razonable.

CAPÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO

HECHOS ILÍCITOS

I. INTRODUCCIÓN

El Capítulo Quinto del Título Primero de la Primera Parte del Libro Cuarto del Código Civil se denomina "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos". Dentro de él se encuentran reguladas cuatro figuras: los hechos ilícitos, el abuso de derechos, la responsabilidad objetiva y el daño moral. El presente capítulo se abocará exclusivamente a los hechos ilícitos.

La necesidad de responder por los daños causados a otros es uno de los principios generales del Derecho más elementales.[1]

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

El concepto de *iniuria* comprendió todos los hechos ilícitos que daban lugar a una sanción jurídica.[2]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló los hechos ilícitos en un Capítulo intitulado "De los delitos y cuasidelitos".

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Aludió a los hechos ilícitos en un Capítulo intitulado "De la responsabilidad civil".

---

[1] D. 1. 1. 10. §1. "Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo."

[2] D'ORS, *op. cit.*, p. 445.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Destinó un Título a la regulación de los "actos ilícitos".

III. CONCEPTO LEGAL DE HECHO ILÍCITO Y ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

A. Concepto legal de hecho ilícito

La Ley prevé el siguiente concepto de hecho ilícito:

> Art. 1910.—El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La primera parte del artículo trascrito se refiere al surgimiento de la obligación de indemnizar: "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo...". Su segunda parte prevé una eximente de responsabilidad: "...a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". En este capítulo solo analizaremos el nacimiento de obligaciones derivadas de hechos ilícitos.

La Doctrina critica que el legislador haya aludido a los "actos ilícitos" y no a los "hechos ilícitos", ya que la conducta que contraviene las Leyes de orden público o las buenas costumbres es un hecho jurídico y no un acto, toda vez que genera consecuencias de Derecho *independientemente* de la voluntad del trasgresor. Consecuentemente, el nombre correcto del Capítulo debió ser "De las obligaciones que nacen de los *hechos* ilícitos".

A continuación procederemos a analizar el concepto anotado.

- Obrar ilícitamente o contra las buenas costumbres

El primer elemento del hecho ilícito es que una persona actúe de manera contraria a lo preceptuado por las leyes de orden público o las buenas costumbres. El legislador distinguió innecesariamente entre lo *ilícito* y lo *contrario a las buenas costumbres*, siendo que lo primero comprende lo segundo (artículo 1830).

La conducta del trasgresor puede consistir en un hecho o en una omisión. Por ejemplo, es contrario a las leyes de orden público el hecho de "vender" bienes ajenos sin autorización (artículo 2269), como también lo es no reconocer un hijo (artículo 60).

- Causar daño a otro

La conducta ilícita solo es civilmente relevante[3] en razón y medida de que cause un daño a otro.

Si bien el artículo 1910 establece que la conducta ilícita debe causar un "daño", nada menciona con relación a los "perjuicios".[4] A reserva de estudiar estos conceptos en capítulos siguientes, interpretamos que cuando la Ley se refiera solo a uno de ellos deberán entenderse comprendidos ambos, salvo que la naturaleza del supuesto regulado no lo permita.

- Obligación de reparar

La obligación de reparar los daños y/o perjuicios es la consecuencia principal que deriva del hecho ilícito.

B. Elementos de la responsabilidad subjetiva

La responsabilidad resultante de la comisión de un hecho ilícito doloso o culposo recibe el calificativo *subjetiva* por ser reprochable al sujeto y requerir la valoración de su conducta.

Los elementos necesarios para que surja responsabilidad subjetiva son cuatro:

1. Comisión de un hecho ilícito;
2. Causación de un daño y/o de un perjuicio;
3. Relación causa-efecto entre la comisión del hecho ilícito y la causación del daño y/o del perjuicio; y
4. Dolo o culpa del trasgresor.

IV. RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS

Un número importante de artículos del Capítulo objeto de estudio regulan la responsabilidad por hechos ajenos.

La Doctrina distingue entre responsabilidad civil *directa* e *indirecta* en función de si el obligado a indemnizar es o no quien causó el daño. Es directa la responsabilidad en que coincide la persona del obligado con el autor del daño. Es indirecta aquella en que difieren.

---

[3] Rojina Villegas, v. 2, p. 92.

[4] Daños y perjuicios son elementos distintos de acuerdo con lo siguiente:

"Art. 2108.—Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación."

"Art. 2109.—Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

A continuación examinaremos los supuestos de responsabilidad por hechos de personas y por hechos de bienes. Posteriormente expondremos algunas conclusiones.

A. Responsabilidad por hechos de personas

a) Responsabilidad por hechos de incapaces

La regla general es que el incapaz que cause un daño debe repararlo:

> Art. 1911.—El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922.

Conforme al artículo trascrito el hecho ilícito del incapaz puede dar lugar a una de dos consecuencias: a la imputación de responsabilidad civil en su contra o a la imputación de responsabilidad civil contra las personas encargadas de su cuidado. La palabra "salvo", prevista por el numeral citado, excluye la posibilidad de que el afectado pueda elegir entre demandar al incapaz o a los encargados de su cuidado, por lo que solamente podrá enderezar su acción contra quien corresponda en el caso concreto.

Las personas que deben responder por el hecho ilícito del incapaz pueden ser los titulares de la patria potestad, de la custodia o de la tutela.

Con relación a las personas que ejercen la patria potestad el Código Civil dispone lo siguiente:

> Art. 1919.—Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

La norma trascrita impone a los titulares de la patria potestad la obligación de reparar los daños y/o perjuicios causados por los menores siempre que se cumplan dos requisitos: "que estén bajo su poder y que habiten con ellos". Hubiese sido más técnico que la Ley resumiera los requisitos mencionados en uno solo: que los menores se encuentren bajo su custodia.

En caso de que los menores de edad se encuentren temporalmente bajo la custodia de otras personas deberá observarse lo siguiente:

> Art. 1920.—Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etcétera, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

Por último, si los menores o incapaces se encuentran sujetos a tutela será aplicable lo siguiente:

> Art. 1921.—Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado.

Lo previsto por los artículos 1919, 1920 y 1921 puede sintetizarse como sigue: serán responsables del hecho ilícito del incapaz las personas encargadas de su custodia, independientemente de que ejerzan la patria potestad o la tutela sobre él.

El Código Civil exime de responsabilidad a las personas indicadas cuando hubieren ejercido vigilancia suficiente sobre los incapaces y les hubiere sido imposible evitar su actuación ilícita:

> Art. 1922.—Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

El artículo citado debe criticarse, ya que alude solo a "los padres" y a "los tutores", que es un catálogo de personas más reducido del que prevén los numerales anteriormente trascritos. En nuestra opinión cualquier persona que ejerza la custodia de un incapaz —incluidos los demás titulares de la patria potestad, los directores de colegios, de talleres y otros— estará exenta de responsabilidad si ejerció suficiente vigilancia sobre él.

b) Responsabilidad por hechos colectivos

La Ley impone responsabilidad solidaria a quienes causan un daño conjuntamente:

> Art. 1917.—Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo.

La norma anotada protege a la víctima del hecho ilícito al obligar solidariamente a los trasgresores a reparar los daños y/o perjuicios ocasionados. De no existir esta disposición, el perjudicado se vería forzado a demandar a cada uno de los involucrados a fin de obtener la indemnización total que corresponda (artículo 1988).

El artículo 1917 en realidad no prevé un supuesto de responsabilidad por hechos ajenos, ya que solo impone a quienes causan un daño en común la obli-

gación de resarcirlo. Existe identidad entre la persona del trasgresor y el obligado a prestar la indemnización.

c) RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS MORALES POR HECHOS DE SUS REPRESENTANTES

El Código Civil imputa responsabilidad a las personas morales por los hechos ilícitos de sus representantes:

> ART. 1918.—Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

Conforme al numeral citado las personas morales deben reparar los daños y/o perjuicios causados por sus representantes legales en ejercicio de sus funciones.

La expresión "en ejercicio de sus funciones" es desafortunada, ya que las funciones del representante de una persona moral no pueden comprender la comisión de hechos ilícitos. El legislador debió distinguir entre los cometidos en el contexto del objeto social y los cometidos fuera de él.

Los hechos ilícitos cometidos dentro del contexto o en conexión con el objeto social obligan a la persona moral a indemnizar los daños y/o perjuicios causados. En efecto, el objeto de las personas morales solo debe comprender actividades lícitas, sin embargo, es posible que con motivo de la consecución de alguna se cometan conductas ilícitas:

Por ejemplo, supóngase que una persona contrata a Estrada Arquitectos, Sociedad Civil, para que demuela su casa y construya otra. En ejercicio de sus funciones uno de los representantes de la persona moral solicita a un grupo de albañiles que procedan a la demolición del inmueble, pero les da una dirección equivocada y ocasionan daños a la propiedad de un tercero. ¿Puede el tercero demandar a la sociedad civil por los daños y/o perjuicios sufridos? En nuestra opinión sí puede, ya que el representante solicitó la demolición en cumplimiento del objeto social.

Respecto a los hechos ilícitos cometidos fuera del contexto del objeto social, consideramos que, en principio, la persona moral no deberá responder por ellos.

Por ejemplo, si algún representante de Estrada Arquitectos, Sociedad Civil, recibe a nombre de la sociedad un automóvil para ser reparado, ésta no será responsable por los daños y/o perjuicios que pudieran causarse.

d) RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE DEPENDIENTES LABORALES O PROFESIONALES

La Ley prevé tres artículos sobre responsabilidad por hechos de dependientes laborales o profesionales:

> ART. 1923.—Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplicará también lo dispuesto en el artículo anterior.
>
> ART. 1924.—Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.
>
> ART. 1925.—Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo.

El contenido de las normas trascritas puede abstraerse en una sola regla: las personas que tengan a su cargo dependientes laborales o profesionales deberán resarcir los daños y/o perjuicios que causen en ejercicio de sus funciones.

Los artículos 1923 y 1924 se distinguen del 1925 en un aspecto: solo los primeros permiten que el principal se libere de responsabilidad si acredita que ejerció vigilancia suficiente, de manera que no le sea atribuible dolo o culpa. Von Thur se refiere a lo anterior como *prueba de descargo*.[5] En contraste, el artículo 1925 imputa responsabilidad a los jefes de casa, dueños de hoteles o de casas de hospedaje con independencia de que puedan o no rendir esta prueba. En nuestra opinión no existe razón que justifique un trato diverso para los últimos.

La Ley permite al afectado por el hecho ilícito demandar una indemnización "directamente del responsable":

> ART. 1926.—En los casos previstos por los artículos 1923, 1924 y 1925 el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable, en los términos de esté Capítulo.

La norma trascrita no es clara respecto a quién puede demandarse la indemnización: ¿al principal, al dependiente o a ambos? En nuestra opinión la reparación puede exigirse a ambos, ya que de lo contrario el artículo citado carecería de efectos, toda vez que los principales están obligados a responder conforme a los dispositivos anteriormente estudiados. En estos casos el legislador aplicó un criterio distinto al seguido en materia de responsabilidad por hechos de incapaces, donde solo facultó al afectado a demandar una indemnización al incapaz o al encargado de su cuidado, según corresponda.

El principal que paga la indemnización tiene derecho a repetir contra el dependiente de conformidad con lo siguiente:

---

[5] VON THUR, *op. cit.*, p. 286.

ART. 1928.—El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

La redacción del artículo citado permite aplicarlo también en favor de las personas morales que reparan los daños y/o perjuicios causados por sus representantes.

e) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS DE SUS EMPLEADOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

La responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus empleados y servidores públicos se encuentra regulada en el siguiente artículo:

ART. 1927.—El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños causado por sus empleados y servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será objetiva y directa por la actividad administrativa irregular conforme a la Ley de la materia y en los demás casos en términos del presente Código.

El artículo trascrito sigue los lineamientos fijados por la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal. En nuestra opinión debería derogarse, a efecto de reservar la regulación de esta materia a las Leyes especiales.

B. RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE BIENES

A continuación examinaremos los distintos supuestos en que una persona debe responder por los daños y/o perjuicios producidos por sus bienes.

a) RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE ANIMALES

El propietario de un animal debe indemnizar los daños y/o perjuicios que éste ocasione de conformidad con lo siguiente:

ART. 1929.—El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias:
I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;
II. Que el animal fue provocado;
III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido;
IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor.

La fracción primera del numeral citado sanciona la falta de cuidado del propietario, mientras que las fracciones segunda y tercera castigan la negligencia del afectado. En adición a las eximentes señaladas debe considerarse la siguiente:

ART. 1930.—Si el animal que hubiere causado el daño fuere excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste y no del dueño del animal.

El artículo trascrito releva de responsabilidad al propietario y condena la conducta ilícita del tercero.

b) RESPONSABILIDAD POR LA RUINA DE INMUEBLES EDIFICADOS

El propietario de un inmueble edificado es responsable de los daños que cause su destrucción de acuerdo con lo siguiente:

ART. 1931.—El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción.

La norma anotada castiga la imprudencia del propietario, ya que de haber efectuado las reparaciones correspondientes no se hubieren producido los daños derivados de la ruina de lo edificado.

c) RESPONSABILIDAD POR LA EXPLOSIÓN O DESPLAZAMIENTO DE BIENES

En el siguiente artículo la Ley concentra diversos supuestos de responsabilidad por hechos de bienes:

ART. 1932.—Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:
I. Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de substancias explosivas;
II. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;
III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor;
IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes;
V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste;
VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño.

La Doctrina acertadamente explica que el numeral citado prevé hipótesis tanto de responsabilidad subjetiva como objetiva.[6] En nuestra opinión la fracción tercera prevé el único supuesto de responsabilidad subjetiva, ya que

---

[6] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 367; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 275; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 100.

solo ésta faculta al propietario a liberarse de responsabilidad demostrando que el daño no es atribuible a su dolo o culpa, sino al caso fortuito o fuerza mayor.

d) RESPONSABILIDAD POR OBJETOS CAÍDOS O ARROJADOS DE INMUEBLES

El cuasidelito conocido en Roma como *effusis et dejectis* es regulado por la legislación vigente en la siguiente disposición:

> ART. 1933.—Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma.

El artículo citado sanciona al jefe de familia por no evitar que caigan o sean arrojados objetos del lugar en que habita. El último supuesto —bienes arrojados— es en realidad una hipótesis de responsabilidad por hechos ajenos.

C. CONCLUSIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS

De lo estudiado en este apartado obtenemos la siguiente conclusión: la denominada "responsabilidad por hechos ajenos" es, en la mayoría de los casos, responsabilidad por hechos propios.

La responsabilidad por hechos de personas y por hechos de bienes no es una obligación que la Ley impone discrecionalmente a los custodios, principales o propietarios, respectivamente, sino una sanción a su conducta. La imputación de responsabilidad se justifica por su descuido al vigilar o al elegir, lo que la Doctrina llama culpa *in vigilando* y culpa *in eligendo*.

V. CONSECUENCIAS DE LA COMISIÓN DE UN HECHO ILÍCITO

La comisión de un hecho ilícito puede dar lugar a responsabilidad civil.

En el capítulo cuarto de este libro explicamos que responsabilidad civil no solo equivale a reparar daños y/o perjuicios, sino que comprende cualquier consecuencia adversa al trasgresor, como la pérdida y suspensión de derechos o la falta de legitimación para celebrar actos jurídicos.

En el Capítulo que el Código Civil destina a la regulación de los hechos ilícitos únicamente se encuentra regulado el resarcimiento de daños y/o perjuicios:

> ART. 1915.—La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.
>
> Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en el Distrito Federal y se extenderá al número de días que, para cada una de las incapacidades mencionadas, señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.
>
> Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.
>
> Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.

El primer párrafo de la disposición citada establece dos consecuencias distintas: el restablecimiento de la situación anterior o el "pago" de daños y/o perjuicios. En realidad se trata de una misma sanción: la restitución patrimonial.

Adicionalmente debe tenerse presente que la obligación de reparar los daños y/o perjuicios derivados de la comisión de un hecho ilícito prescribe en dos años contados a partir de su causación:

> ART. 1934.—La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años *contados a partir del día en que se haya causado el daño.*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó una solución distinta. En junio de 2011 resolvió que el plazo de prescripción empieza a correr a partir de que la víctima del hecho ilícito *tuvo conocimiento de él.*[7]

---

[7] Tesis de rubro: "DAÑOS CAUSADOS EN TÉRMINOS DEL CAPÍTULO V DEL TÍTULO PRIMERO DE LOS CÓDIGOS CIVILES FEDERAL Y PARA EL DISTRITO FEDERAL. INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RELATIVA A SU REPARACIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 1934 DE DICHOS ORDENAMIENTOS", Registro No. 165172, Localización: Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 3 Página: 2206, Tesis: 1a./J. 113/2011 (9a.), Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

CAPÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO

ABUSO DE DERECHOS

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo resolveremos qué sucede si una persona causa un menoscabo patrimonial a otra al ejercer un derecho. La respuesta a esta interrogante amerita un capítulo independiente tanto por el desenvolvimiento histórico del tema como por su tratamiento doctrinal.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los juristas romanos no configuraron una doctrina general sobre el abuso de derechos.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

No previó disposición alguna que de manera general regulara el abuso de derechos.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Al igual que el Código Napoleón, no previó regulación alguna sobre el abuso de derechos.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

El legislador alemán reguló el abuso de derechos de manera expresa y general.

III. TEORÍAS SOBRE LA ESENCIA DEL ABUSO DE DERECHOS

A. Teoría objetiva

La teoría objetiva señala que el abuso de derechos tiene lugar cuando una persona quebranta los límites de aquello a lo que está facultado.

Por ejemplo, la persona que circula su automóvil por una banqueta sobrepasa los límites de su derecho al libre tránsito.

Conforme a la teoría objetiva, en los supuestos indicados el titular del derecho deberá indemnizar los daños y/o perjuicios causados por su ejercicio abusivo.

La teoría objetiva recibió fuertes críticas, al grado que llevaron al cuestionamiento de la utilidad y autonomía del "abuso de derechos". Planiol y Ripert fueron algunos de los detractores más elocuentes: adujeron que cuando una persona rebasa los límites objetivos de su derecho ya no se encuentra en ejercicio del mismo, sino en un plano de ilicitud.[1]

B. Teoría subjetiva

La teoría subjetiva supera las críticas esgrimidas contra la objetiva. Sus partidarios sostienen que hay abuso de derechos cuando una persona los ejercita dentro de sus límites *con el único propósito de perjudicar a otras y sin utilidad para sí*.

Por ejemplo, supóngase que Juan aparta el salón de fiestas del condominio en que habita para una fecha en que uno de sus vecinos planeaba usarlo, con el solo propósito de causarle un daño y sin provecho alguno para él. En este supuesto Juan actuó dentro de los límites de su derecho, pero lo ejercitó abusivamente conforme a la teoría subjetiva.

IV. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

A. Concepto legal y elementos del abuso de derechos

El abuso de derechos se encuentra conceptualizado en la siguiente disposición, ubicada dentro del Capítulo sobre las obligaciones que nacen de los "actos" ilícitos:

> Art. 1912.—Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

[1] *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 788.

La norma trascrita constituye la regulación principal del abuso de derechos que prevé el Código Civil. De su redacción se desprende que acoge la teoría subjetiva ya que la obligación de indemnizar únicamente surge "si se demuestra que el derecho *sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho*".

Siguiendo a Bonnecase,[2] los elementos constitutivos del abuso de derechos —conforme a la teoría subjetiva— son cuatro:

a) Ejercicio de un derecho

Para que haya abuso de derechos es necesario que el trasgresor sea titular de uno y que lo ejerza dentro de sus límites.

Si la persona que comete el abuso no es titular de un derecho o ejercita el que le corresponde fuera de sus límites, habrá hecho ilícito general y no abuso de derechos.

b) Intención de causar un daño y/o un perjuicio

Es esencial al abuso de derechos, de acuerdo con nuestra legislación, que el trasgresor actúe con la intención de causar un daño y/o un perjuicio a otro. Este requisito confirma la adopción de la teoría subjetiva por parte del legislador de 1928.

La necesidad de probar que el titular del derecho actuó de mala fe es quizás el mayor obstáculo para la aplicación práctica de la figura. No basta con que la víctima acredite que el ejercicio del derecho no reportó utilidad alguna para su titular, sino que además debe aportar elementos que convenzan al juzgador de que obró con la intención de causar un daño y/o un perjuicio.

c) Falta de utilidad para el titular del derecho

La parte final del artículo 1912 establece que el ejercicio del derecho no debe reportar utilidad para su titular. Se trata de un requisito objetivo que debe valorar el juzgador.

Si el ejercicio del derecho es útil para su titular, éste no deberá prestar indemnización alguna aunque hubiere actuado con la intención de causar un daño.

d) Causación de un daño y/o de un perjuicio

En el capítulo anterior mencionamos que el hecho ilícito solo es civilmente relevante en la medida en que cause un daño y/o un perjuicio a otro. El

[2] Bonnecase, *op. cit.*, pp. 825-827.

abuso de derechos, como especie de hecho ilícito, debe cumplir también con este requisito.

B. Regulación adicional del abuso de derechos dentro del Código Civil

En adición al artículo 1912 el abuso de derechos se encuentra previsto en otras disposiciones del Código Civil.

Dentro de los primeros artículos del ordenamiento se encuentra el siguiente:

> Art. 16.—Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas.

La norma citada omite dos elementos del abuso de derechos: la intención nociva y la falta de utilidad para el titular. En nuestra opinión el artículo 16 no puede invocarse para obligar a quien ejercite un derecho a pagar una indemnización cuando no se satisfagan los cuatro elementos del abuso de derechos, ya que expresamente remite a otras disposiciones para el establecimiento de sanciones. Consideramos que debería derogarse.

En la regulación del derecho de propiedad se ordena:

> Art. 840.—No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

El artículo anotado omite la intención nociva como elemento del abuso de derechos. Por una falta de técnica estableció una regla especial, como en su momento lo hizo notar Rojina Villegas.[3]

[3] *Cfr.* Rojina Villegas, t. 2, *op. cit.*, p. 169.

Capítulo Vigésimo Tercero

RESPONSABILIDAD OBJETIVA

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la responsabilidad objetiva en nuestro Derecho fue una innovación del legislador de 1928. Las disposiciones que la rigen obligan a quienes causan un daño y/o un perjuicio a pagar una indemnización independientemente de que hayan actuado dolosa o culposamente.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

Las reglas sobre responsabilidad objetiva variaron durante los distintos periodos.[1]

B. Código Napoleón

No previó disposiciones sobre responsabilidad objetiva, sin embargo, durante la segunda mitad del siglo XIX se suscitaron casos de accidentes ferroviarios e industriales en que los tribunales franceses condenaron a algunas compañías *sin que hubieran obrado culposamente*.[2]

C. Código Civil de 1884

En opinión de Borja Soriano no contuvo precepto alguno sobre responsabilidad objetiva.[3]

[1] *Cfr.* Floris Margadant, Guillermo S., "La Responsabilidad Objetiva en el Derecho Romano", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 6, Sección de Previa, 1974, pp. 261-267.

[2] Gaudemet, *op. cit.*, pp. 332 y 333.

[3] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 383.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Los cambios producidos por la industrialización también condujeron a la reevaluación de la teoría subjetiva de la responsabilidad civil.[4] La legislación germana imputó responsabilidad objetiva en un número limitado de casos. La Jurisprudencia se opuso a extenderla a otros, en virtud del carácter excepcional de las disposiciones respectivas.[5]

III. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

A. Concepto de responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva es la necesidad que tiene una persona de reparar los daños y/o perjuicios causados por la realización de una actividad o por bienes de su propiedad, aunque no medie dolo o culpa de su parte.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta:

- Necesidad de reparar daños y/o perjuicios

El contenido de la responsabilidad objetiva es el resarcimiento de los daños y/o perjuicios ocasionados.

- Realización de una actividad

Una de las hipótesis que puede dar lugar a responsabilidad objetiva es la realización de una actividad.

Comúnmente se afirma que la actividad debe ser "peligrosa", de manera que origine un riesgo efectivo de causar un daño a otro. Posiblemente el vínculo entre la peligrosidad y la responsabilidad objetiva surgió con las sentencias de los tribunales franceses, que condenaron a quienes llevaban a cabo actividades industriales o de transporte, generalmente consideradas riesgosas.

Actualmente la Ley imputa responsabilidad objetiva tanto a quienes realizan actividades peligrosas como a quienes desempeñan otras, por lo que es inexacto afirmar que en todos los casos deben ejecutarse acciones de riesgo.

Puede concluirse que la responsabilidad objetiva solo se imputa por las actividades previstas en Ley, sean o no "peligrosas".

[4] Enneccerus, Kipp y Wolff, t.2, v.2, p. 1024.

[5] *Ibid.*, p. 1025.

- Bienes respecto de los que se tiene el derecho de propiedad

Otro de los factores que pueden originar responsabilidad objetiva es la titularidad del derecho de propiedad sobre bienes que ocasionan daños a otros.

También en estos supuestos la responsabilidad objetiva surge solo en los casos expresamente previstos por la Ley. En los no regulados el propietario podrá eximirse de responsabilidad acreditando que no incurrió en dolo o en culpa.

- Falta de dolo o culpa

La esencia de la responsabilidad *objetiva* es que pueda imponerse sin que el obligado haya actuado dolosa o culposamente, lo que permite distinguirla de la *subjetiva*.

La responsabilidad recibe el calificativo *objetiva* porque se imputa con independencia de cualquier valoración de la conducta del causante del daño y/o del perjuicio.

B. Elementos de la responsabilidad objetiva

De lo comentado en el apartado que antecede se desprende que los elementos de la responsabilidad objetiva son tres:

1. Verificación de un acontecimiento vinculado con la realización de una actividad o con bienes sobre los que se tiene el derecho de propiedad;
2. Causación de un daño y/o de un perjuicio; y
3. Relación causa-efecto entre el acontecimiento y el daño y/o perjuicio.

El acontecimiento a que se refiere el numeral primero puede ser lícito o ilícito, sin que afecte en modo alguno el surgimiento de la responsabilidad objetiva.

IV. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

Antes de iniciar el estudio de las disposiciones sobre responsabilidad objetiva que prevé el ordenamiento debemos hacer patente que *es una figura de carácter excepcional*.

Por regla general quien causa un daño a otro solo debe indemnizarlo si actuó con dolo o con culpa, es decir, la regla general es que la responsabilidad sea *subjetiva*. La obligación de prestar una indemnización cuando no se haya actuado intencional o negligentemente es excepcional.

La importancia del carácter excepcional de la responsabilidad *objetiva* reside en que únicamente será imputable en los casos expresamente previstos por la Ley, sin que pueda extenderse a otros supuestos (artículo 11).

A. Responsabilidad objetiva por el empleo de bienes peligrosos o generadores de peligro

Quien utilice bienes peligrosos o generadores de peligro deberá indemnizar los daños y/o perjuicios causados aunque no actúe dolosa o culposamente.

> Art. 1913.—Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.
>
> En todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados.

Para efectos de orden y claridad comentaremos cada párrafo por separado.

a) Responsabilidad de quien utiliza los bienes peligrosos o generadores de peligro

1. *Bienes peligrosos o generadores de peligro*

La persona que emplea bienes peligrosos o generadores de peligro debe resarcir los menoscabos que cause aunque no obre con dolo o con culpa.

La Ley distingue entre los bienes peligrosos por sí mismos y los que generan peligro por su naturaleza funcional.[6] Dentro de la primera categoría se ubican las substancias explosivas o inflamables, mientras que en la segunda se encuentran los mecanismos, instrumentos, aparatos y vehículos automotores que generan riesgos por la velocidad que desarrollan, por la energía de la corriente eléctrica que conducen o por otras causas análogas. Se trata de un listado enunciativo de bienes, por lo que el órgano jurisdiccional podrá considerar otros siempre que sean peligrosos por sí mismos o por su naturaleza funcional.

Si los daños y/o perjuicios se causan sin la utilización de los bienes indicados y sin que medie dolo o culpa de alguien, no surgirá responsabilidad alguna.

> Art. 1914.—Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización.

[6] Rojina Villegas, t. 2, *op. cit.*, pp. 69-71.

2. *Causalidad*

El artículo 1913 es claro al exigir una relación de causalidad entre el uso de los bienes mencionados y los daños.

No debe confundirse la falta de dolo o de culpa con la ausencia de causalidad: la primera no libera de responsabilidad, la segunda sí. Por ejemplo, suponga que un camión es accidentalmente colisionado por un automóvil ocasionando daños severos a sus pasajeros, sin que ninguno de los conductores haya obrado con dolo o con culpa. En esta hipótesis pudieran haber dos responsables: el conductor del camión y el conductor del automóvil. Si bien ambos hicieron uso de vehículos automotores, solo el segundo *causó* los daños y solo el segundo debe repararlos. Lo anterior fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[7]

3. *Ausencia de ilicitud*

El artículo 1913 dispone que la persona que hubiere utilizado los bienes mencionados y cause daños debe indemnizarlos "aunque no obre ilícitamente".

El autor del daño puede actuar lícita o ilícitamente. Actúan lícitamente quienes menoscaban un patrimonio ajeno con autorización de la Ley; por ejemplo, la persona que colisiona su vehículo con otro para evitar atropellar un niño que intempestivamente cruzó la calle.[8] Actúan ilícitamente quienes menoscaban un patrimonio ajeno sin autorización de la Ley; por ejemplo, la persona que colisiona su vehículo con otro porque no respondieron sus frenos. En ambos supuestos el causante del daño deberá resarcirlo.

En nuestra opinión lo relevante para efectos de la responsabilidad objetiva no es la licitud o ilicitud de la conducta del autor del daño, sino su falta de dolo o de culpa, lo que *debió* mencionar el artículo de referencia y generalmente se admite.[9]

[7] Tesis de rubro: "Responsabilidad civil objetiva. Cuando el actor, que alega daños sufridos a causa de una colisión en la que participaron dos o más vehículos automotores, es un pasajero que no conducía ninguno, le corresponde demostrar quién produjo activamente dichos daños (Legislación del Estado de Jalisco), Registro No. 176131, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XXIII, enero de 2006, Página: 541, Tesis: 1a./J. 189/2005, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

[8] Esta persona obra por estado de necesidad de acuerdo con el Código Penal para el Distrito Federal (art. 29 f. V).

[9] Gutiérrez y González interpreta que la ausencia de culpa se desprende de la expresión "aunque no obre ilícitamente" (*op. cit.*, p. 726).

4. *Exclusión de responsabilidad por culpa o negligencia inexcusable de la víctima*

La parte final del primer párrafo del artículo 1913 establece como eximente de responsabilidad que el daño se hubiere producido por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, aspecto que estudiaremos en capítulos siguientes.

b) RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO DE LOS BIENES PELIGROSOS O GENERADORES DE PELIGRO

El segundo párrafo del artículo 1913 dispone que: "en todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados". Este párrafo fue adicionado por una reforma de marzo de 2008, que despenalizó los daños culposos cometidos con motivo del tránsito de vehículos e hizo necesario reforzar sus consecuencias civiles.

En nuestra opinión fue acertado imponer al propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas una responsabilidad solidaria a la del autor del daño, ya que incrementa la probabilidad de que los afectados obtengan el pago de la indemnización correspondiente. Sin embargo, debe criticarse el carácter *absoluto* de la responsabilidad del propietario, derivado de la expresión "en todos los casos" contenida en el párrafo de mérito, que lo obliga a indemnizar incluso cuando los bienes hubieren sido utilizados contra su voluntad.[10]

El párrafo comentado debería reformarse a efecto de restringir la responsabilidad solidaria del propietario a los casos en que haya autorizado la utilización de sus bienes.

B. RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR HECHOS DE REPRESENTANTES Y DE DEPENDIENTES LABORALES O PROFESIONALES

Las personas morales son responsables objetivamente de los daños y/o perjuicios que causen sus representantes legales conforme a lo siguiente:

> ART. 1918.—Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, los jefes de casa y los dueños de hoteles o casas de hospedaje responden objetivamente por los daños y/o perjuicios ocasionados por sus dependientes:

[10] A la luz del texto vigente del segundo párrafo del artículo 1913, el propietario de un vehículo robado será responsable solidario de los daños y/o perjuicios que los delincuentes causen con él.

> ART. 1925.—Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo.

Los artículos 1918 y 1925 fueron comentados en el capítulo vigésimo primero de este libro. La responsabilidad de los representantes y de los dependientes puede ser objetiva o subjetiva, en tanto que la de las personas morales y hospederos siempre será objetiva, dado que no pueden liberarse acreditando que no incurrieron en dolo o en culpa *in eligendo*.

C. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LOS PROPIETARIOS POR HECHOS DE SUS BIENES

La Ley impone responsabilidad objetiva a los propietarios por los daños y/o perjuicios que causen sus bienes en los siguientes supuestos:

> ART. 1932.—Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:
> I. Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de substancias explosivas;
> II. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;...
> IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes;
> V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste;
> VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño.

Lo preceptuado por las fracciones primera, segunda, cuarta y sexta del numeral trascrito se encuentra regulado por el artículo 1913, por lo que deberían derogarse.

Los habitantes de inmuebles también responden objetivamente por los daños y/o perjuicios que causen los objetos caídos o arrojados desde ellos:

> ART. 1933.—Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma.

En las hipótesis comprendidas por los artículos 1932 y 1933, los propietarios y jefes de familia, respectivamente, no podrán liberarse de responsabilidad demostrando que no incurrieron en dolo o en culpa.

CAPÍTULO VIGÉSIMO CUARTO

INTRODUCCIÓN A LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

I. INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar el estudio de las modalidades de las obligaciones es necesario precisar qué son y determinar cuáles regula el Código Civil y cuáles considera la Doctrina.

II. CONCEPTO DE MODALIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Modalidad es un modo o manera de ser distinto al ordinario.

Toda modalidad implica un cambio en una manera original u ordinaria de ser. La obligación ordinaria se caracteriza por diversos aspectos, entre los que destacan los siguientes:

1. Su sujeto activo y pasivo se integran, respectivamente, por una sola persona;
2. Su objeto se compone de una sola conducta; y
3. Son eficaces desde que tiene lugar el hecho o el acto que les da origen.

III. MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL

El Título Segundo de la Primera Parte del Libro Cuarto del Código Civil se denomina "Modalidades de las Obligaciones". Se integra por seis Capítulos: el primero llamado "De las obligaciones condicionales"; el segundo "De las obligaciones a plazo"; el tercero "De las obligaciones conjuntivas y alternativas"; el cuarto "De las obligaciones mancomunadas"; el quinto "De las obligaciones de dar"; y el sexto "De las obligaciones de hacer o de no hacer".

Conforme a la estructura del Título citado existen ocho modalidades de las obligaciones: las condicionales, las sujetas a plazo, las conjuntivas, las alternativas, las mancomunadas, las de dar, las de hacer y las de no hacer.

IV. MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

La deuda sujeta a una modalidad varía cuando menos en alguna de las características de la obligación ordinaria.[1]

Desde el punto de vista doctrinal las modalidades de las obligaciones se clasifican de acuerdo con tres criterios: por su eficacia, por la complejidad en el objeto y por la complejidad en los sujetos.

A continuación comentaremos brevemente cada uno.

a) MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES POR SU EFICACIA

Las modalidades por su eficacia impiden que la obligación exista o sea exigible desde que tiene lugar el hecho o el acto que debe darle origen. También pueden impedir que produzca sus efectos indefinidamente.

Conforme a este criterio las obligaciones pueden ser condicionales o sujetas a término.

En adición a las modalidades indicadas algunos autores agregan el modo o carga, que afecta a las obligaciones impuestas por el autor de una liberalidad al beneficiario de ella.

b) MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES POR LA COMPLEJIDAD DE SU OBJETO

Lo complejo es lo que se compone de diversos elementos.[2] Se opone a lo simple, que consta de un solo elemento.

Las obligaciones complejas por su objeto son las que tienen, en acto o en potencia, más de un objeto. Conforme a este criterio las obligaciones pueden ser conjuntivas, alternativas o facultativas.

---

[1] Debe aclararse que las obligaciones sujetas a modalidades comparten la misma esencia de la obligación: unas y otra son relaciones jurídicas entre dos partes que tienen por objeto conductas de dar, hacer o no hacer susceptibles de valoración pecuniaria. El que las modalidades de las obligaciones difieran en alguno de los puntos mencionados no rompe con la esencia de la figura.

[2] Conforme al Diccionario de la Real Academia Española.

c) MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES POR LA COMPLEJIDAD DE LOS SUJETOS

Las obligaciones complejas por los sujetos se caracterizan por que en su lado activo y/o pasivo participa más de una persona. La Ley las denomina obligaciones mancomunadas.

Conforme a este criterio las obligaciones pueden ser simplemente mancomunadas o solidarias.

Para finalizar esta introducción aclararemos que los Capítulos quinto y sexto del mencionado Título Segundo, denominados respectivamente "De las obligaciones de dar" y "De las obligaciones de hacer o de no hacer", no regulan modalidades, sino las conductas que pueden constituir el objeto de la relación jurídica. En otras palabras, las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer no son modalidades, sino obligaciones ordinarias clasificadas en función de su objeto.

CAPÍTULO VIGÉSIMO QUINTO

OBLIGACIONES CONDICIONALES

I. INTRODUCCIÓN

La condición es una modalidad que permite diferir la existencia de la obligación o extinguirla. Sus efectos han sido muy discutidos por la Doctrina y han dado lugar a posiciones antagónicas.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La condición, afirma D'Ors, es el "hecho futuro e incierto de cuya realización se hace depender que una declaración jurídica produzca sus efectos".[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Napoleón destinó una Sección a la regulación de las obligaciones condicionales.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Previó reglas generales sobre la condición y reglas específicas sobre la suspensiva y la resolutoria.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

El Código Civil alemán también regula de manera expresa la condición suspensiva y la resolutoria.

---

[1] D'ORS, *op. cit.*, p. 369.

III. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN CONDICIONAL Y DE CONDICIÓN

El Código Civil define la obligación condicional de la siguiente manera:

ART. 1938.—La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

Desde el punto de vista doctrinal la condición es el acontecimiento futuro y contingente de cuyo advenimiento depende la existencia o la resolución de una obligación.

Por su parte, la obligación condicional es aquella cuya existencia o resolución dependen de un acontecimiento futuro y contingente.

A continuación desglosaremos la definición de condición:

- Acontecimiento futuro

La condición es un acontecimiento futuro, es decir, un evento que puede ocurrir en tiempo posterior al presente.

La Doctrina denomina "condición impropia" al acontecimiento pasado o presente al que las partes subordinan la exigibilidad o extinción de la relación obligatoria. El artículo 1938 del Código Civil es terminante al disponer que la obligación condicional depende de "*un acontecimiento futuro*". Consecuentemente, en el Derecho vigente la llamada "condición impropia" no es condición.

- Contingente

El acontecimiento constitutivo de la condición debe ser de realización *contingente*, es decir, debe estar en posibilidad de ocurrir o de no ocurrir. En caso de que tenga carácter *necesario* habrá término y no condición.[2]

Por ejemplo, ganar una elección u obtener una calificación en un examen son todos hechos contingentes, ya que pueden o no suceder. Por el contrario, la llegada de un día del calendario o que una persona muera en algún momento son hechos necesarios, ya que indefectiblemente ocurrirán.

La Ley y algunos autores señalan que el hecho condicional debe ser "futuro e incierto" en lugar de "futuro y contingente". Lo primero es incorrecto, ya que lo incierto es lo desconocido o no sabido, mientras que lo contingente es lo que puede o no ocurrir. Quienes estipulan una condición saben *qué debe ocurrir* para que nazca o se extinga la obligación sujeta a ella. Por ejemplo, cuando

[2] El carácter contingente del acontecimiento es otro de los factores que impiden que los hechos pasados o presentes puedan servir de condición, ya que no están en posibilidad de ocurrir o de no ocurrir.

se conviene que una deuda estará sujeta a que un equipo de fútbol gane un encuentro específico, hay certeza sobre lo que debe ocurrir para que surja la relación obligatoria. Lo incierto no es el hecho, sino su verificación.[3]

- Existencia o resolución de una obligación

La condición hace depender el nacimiento o la resolución de una *obligación*. En el primer caso la condición es suspensiva, en el segundo resolutoria.

IV. CLASES DE CONDICIÓN

La Ley y la Doctrina clasifican la condición con base en tres criterios: por sus efectos, en razón de si un acontecimiento debe o no verificarse y por la intervención de las partes en su cumplimiento. A continuación desarrollaremos cada uno.

A. CLASES DE CONDICIÓN POR SUS EFECTOS

Por sus efectos la condición puede ser suspensiva o resolutoria.

a) CONDICIÓN SUSPENSIVA

El Código Civil define la condición suspensiva como sigue:

ART. 1939.—La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

El artículo trascrito establece que la condición es suspensiva "cuando de su cumplimiento depende *la existencia* de la obligación". No obstante la claridad del precepto citado, autores como Gutiérrez y González[4] y Bejarano Sánchez[5] afirman que lo suspendido no es el nacimiento de la deuda, sino su exigibilidad. Por el contrario, juristas como Borja Soriano,[6] Rojina Villegas,[7] De la Peza Muñoz Cano,[8] Galindo Garfias[9] y Borja Martínez se pronuncian por la tesis de la existencia.[10]

[3] En igual sentido GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.* pp. 783 y 785.
[4] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 789-792.
[5] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 473.
[6] BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 394-397.
[7] ROJINA VILLEGAS, t. 2, *op. cit.*, pp. 669-671.
[8] DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 84.
[9] GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, p. 150.
[10] BORJA MARTÍNEZ, Manuel, "Análisis del efecto de la condición suspensiva sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen", en *Estudios jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana*, Editorial Porrúa, México, 1969, pp. 209-251.

Por nuestra parte sostenemos que la condición suspensiva impide el surgimiento de la obligación y no solo su exigibilidad, como se desprende de los artículos 1938 y 1939 anteriormente trascritos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en igual sentido.[11]

b) CONDICIÓN RESOLUTORIA

El legislador definió la condición resolutoria en los siguientes términos:

> ART. 1940.—La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido.

Conforme a la norma trascrita el cumplimiento de la condición resolutoria "resuelve la obligación". Resolver significa deshacer o destruir,[12] por lo que la condición es resolutoria si de su cumplimiento depende la extinción de la relación obligatoria.

Las obligaciones sujetas a condición resolutoria existen y —en su caso— son exigibles desde que se verifica el hecho o el acto que las origina. Lo que está supeditado al acontecimiento futuro y contingente es la extinción y no el nacimiento de la deuda.

La parte final del artículo 1940 establece: "...volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido". El texto citado atribuye efectos retroactivos al cumplimiento de toda condición resolutoria. Lo anterior es incorrecto, ya que solo es esencial a esta condición que su cumplimiento extinga la obligación, no que lo haga retroactivamente.

B. CLASES DE CONDICIÓN EN RAZÓN DE SI UN ACONTECIMIENTO DEBE O NO VERIFICARSE

En razón de si un acontecimiento debe o no verificarse la condición puede ser positiva o negativa.

a) CONDICIÓN POSITIVA

La condición positiva es la conformada por un acontecimiento futuro y contingente *que debe suceder* para que se tenga por cumplida.

[11] Tesis de rubro: "OBLIGACIONES SUJETAS A CONDICIÓN SUSPENSIVA", Registro No. 353120, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, LXX, Página: 1046, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[12] Según el Diccionario de la Real Academia Española.

Que ocurra un incendio o que sea expedida una Ley son ejemplos de acontecimientos que pueden configurar condiciones positivas.

El Código Civil no prevé expresamente la distinción entre condiciones positivas y negativas, pero las regula por su relación con el término. Sobre la condición positiva dispone:

> ART. 1946.—La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento suceda en un tiempo fijo, caduca si pasa el término sin realizarse, o desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse.

El artículo anotado solo es aplicable a obligaciones sujetas a condición suspensiva.

El lenguaje utilizado por el legislador es desafortunado, ya que la falta de cumplimiento de la condición positiva no hace "caducar" la obligación, sino que impide definitivamente su nacimiento.

Según el numeral citado las obligaciones sujetas a condición positiva "caducan" si el acontecimiento no se verifica dentro del tiempo fijado o desde que es indudable que no se realizará. Por ejemplo, supóngase que la condición consiste en que una persona gane la elección de Presidente de la República en las próximas elecciones. En principio los contratantes deberán esperar a que se anuncie el resultado oficial de la elección para conocer si se cumplió o no la condición. Sin embargo, es posible que de antemano sepan que no se cumplirá, como sucedería si la persona cuyo triunfo se espera manifiesta que no participará en la contienda electoral.

b) CONDICIÓN NEGATIVA

La condición negativa es la constituida por un acontecimiento futuro y contingente *que no debe* suceder para que se tenga por cumplida.

Que un equipo de fútbol no gane un campeonato o que no nazca viva una persona son ejemplos de hechos que pueden configurar condiciones negativas.

El Código Civil prevé lo siguiente para el caso de que la condición negativa esté unida a un término:

> ART. 1947.—La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento no se verifique en un tiempo fijo, será exigible si pasa el tiempo sin verificarse...

El artículo trascrito también es aplicable únicamente a obligaciones sujetas a condición suspensiva, ya que solo éstas "se vuelven exigibles" al cumplirse aquélla.

Nuevamente el legislador empleó un lenguaje inadecuado, ya que el cumplimiento de la condición *hace surgir* la obligación y no solo la vuelve *exigible*.

Sin embargo, el que la deuda sea exigible al cumplirse la condición no excluye que también nazca en ese momento.

Conforme a la disposición de referencia la obligación sujeta a condición negativa nace si transcurre el tiempo convenido sin que se verifique el acontecimiento acordado. Por ejemplo, si se pacta que la existencia de una obligación estará sujeta a que una moneda extranjera no rebase una cotización específica durante un mes, nacerá si transcurre el mes sin que la cotización haya sido rebasada.

En caso de que la condición negativa no esté unida a un término, será aplicable lo siguiente:

ART. 1947.—...

Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá reputarse cumplida transcurrido el que verosímilmente se hubiere querido señalar, atenta la naturaleza de la obligación.

A falta de término la condición se tiene por cumplida si transcurre el tiempo que "verosímilmente" se hubiere querido señalar, tomando en cuenta "la naturaleza" de la obligación. En realidad lo que debe tomarse en cuenta es el objeto y no la "naturaleza" de la deuda. Por ejemplo, supóngase que una persona moral se obliga con sus empleados a entregarles boletos para un concierto sujeto a la condición de que no sucedan accidentes de trabajo. Si no se determinó el tiempo durante el que no deberán ocurrir los accidentes, la condición se tendrá por cumplida si transcurre un periodo razonable *que no podrá exceder la fecha del concierto.*

C. CLASES DE CONDICIÓN POR LA INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN SU CUMPLIMIENTO

Por la intervención de las partes en su cumplimiento la condición puede ser casual, potestativa o mixta.

a) CONDICIÓN CASUAL

La condición casual es la conformada por un acontecimiento cuya actualización no depende de la conducta de las partes.

Que ocurra un temblor o que un tercero triunfe en una competencia deportiva son ejemplos de condiciones casuales.

A diferencia de sus antecesores, el Código Civil no prevé la distinción entre condiciones casuales, potestativas o mixtas, sin embargo, impone algunos requisitos a los acontecimientos que pueden constituirlas.

La condición casual debe ser posible y lícita:

ART. 1943.—Las condiciones imposibles de dar o hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres, anulan la obligación que de ellas dependa.

La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.

Conforme al primer párrafo del numeral trascrito las condiciones imposibles de dar o de hacer y las ilícitas "anulan la obligación que de ellas dependa". La sanción impuesta por la Ley es equivocada, ya que, en su caso, lo nulo será el acto generador de la obligación condicional y no ésta.

El segundo párrafo del artículo 1943 dispone que: "la condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta". En esta hipótesis el legislador interpretó que la voluntad de las partes fue que la obligación nazca o subsista, según se trate de condición suspensiva o resolutoria, como pura y simple.[13]

b) CONDICIÓN POTESTATIVA

La condición potestativa es la conformada por un acontecimiento cuya actualización depende exclusivamente de la conducta de alguna o de ambas partes.

Que una empresa otorgue un bono al empleado que llegue puntual a su trabajo es un ejemplo de condición potestativa.

La condición potestativa también debe ser posible y lícita. En adición a estos requisitos, la condición potestativa debe cumplir el siguiente:

ART. 1944.—Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.

La obligación condicional debe revestir seriedad, por lo que no puede surgir o extinguirse a voluntad del obligado.

c) CONDICIÓN MIXTA

La condición mixta es la conformada por un acontecimiento cuya actualización depende de la conducta de una o de ambas partes y de un tercero o de la naturaleza.

Ejemplo de condición mixta es que el acreedor potencial obtenga un permiso administrativo, ya que solicitarlo depende de su voluntad y concederlo del órgano competente para ello.

La condición mixta también debe ser posible y lícita.

---

[13] Por ejemplo, se tendrá por no puesta la condición consistente en que un atleta no corra los cien metros planos en menos de un segundo.

V. SITUACIÓN JURÍDICA ANTERIOR Y POSTERIOR AL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

La Ley y la Doctrina distinguen la situación jurídica existente antes y después del cumplimiento de la condición.

A. SITUACIÓN *PENDENTE CONDITIONE*

La situación jurídica anterior al cumplimiento de la condición varía en función de si es suspensiva o resolutoria.

a) CONDICIÓN SUSPENSIVA PENDIENTE DE CUMPLIMIENTO

Antes del cumplimiento de la condición suspensiva la obligación sujeta a ella es inexistente, por lo que si el deudor potencial la "paga", tendrá los derechos que le conceden las disposiciones sobre enriquecimiento ilegítimo.[14]

El acreedor potencial es titular de una expectativa de derecho protegida por el ordenamiento jurídico, valorable en dinero y transmisible a terceros.

Por su parte, el acto jurídico que genera la obligación condicional es existente y no puede ser revocado o modificado unilateralmente.[15]

b) CONDICIÓN RESOLUTORIA PENDIENTE DE CUMPLIMIENTO

Antes del cumplimiento de la condición resolutoria la obligación sujeta a ella existe.

El acto jurídico que origina la obligación condicional es existente y no puede ser revocado o modificado unilateralmente.

c) REGLAS COMUNES

El Código Civil prevé tres reglas aplicables antes del cumplimiento de la condición suspensiva y de la resolutoria.

1. *Obligación de no obstaculizar el cumplimiento de la condición*

La persona cuyo patrimonio se verá disminuido por el cumplimiento de la condición debe abstenerse de impedir que se cumpla en su oportunidad.

[14] BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 394 y 395.

[15] *Cfr.* VON THUR, t. 2, *op. cit.*, p. 222.

En la condición suspensiva el deudor potencial es quien debe abstenerse de ejecutar conductas que impidan su cumplimiento. En la resolutoria es el acreedor.[16] En caso de contravención la condición se tendrá por cumplida:

> ART. 1945.—Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento.

2. *Necesidad de no ejecutar conductas que impidan el pago eventual de la obligación*

La persona cuyo patrimonio se verá disminuido por el cumplimiento de la condición también debe omitir las conductas que impidan que la obligación sea pagada en su oportunidad:

> ART. 1942.—En tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad...

La norma trascrita impone una obligación distinta de la comentada en el inciso anterior. Mientras que el artículo 1945 conmina a no obstaculizar el cumplimiento de la *condición*, el 1942 ordena no impedir el cumplimiento eventual de la *obligación*.[17]

3. *Facultad de ejecutar actos conservatorios*

La persona interesada en el cumplimiento de la condición puede ejecutar todos los actos conservatorios de su derecho:

> ART. 1942.—...
> El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho.

En la condición suspensiva el acreedor potencial es quien puede realizar los actos conservatorios. En la resolutoria es el deudor.

[16] Por ejemplo, supóngase que Juan se obliga con Luis a entregarle un automóvil específico a título traslativo de dominio. Si la obligación se sujeta a condición suspensiva será Juan (el deudor potencial) quien habrá de abstenerse de impedir que la condición se cumpla en su oportunidad. Por el contrario, si se sujeta a condición resolutoria será Luis (el acreedor y propietario actual del vehículo) quien habrá de observar esta omisión.

[17] Verbigracia, supóngase que Juan se obliga con Luis a entregarle un caballo específico a título traslativo de dominio, sujeto a la condición suspensiva de que el segundo encuentre trabajo. En esta hipótesis Juan habrá de observar dos omisiones: deberá abstenerse de impedir el cumplimiento de la condición (por ejemplo, saboteando los intentos de Luis por encontrar trabajo) y deberá abstenerse de impedir que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad (por ejemplo, provocando la muerte del animal).

La Ley no aclara qué debe entenderse por "actos conservatorios". Lo natural es interpretar que el interesado podrá solicitar la intervención de la autoridad judicial para asegurar que el objeto de su derecho eventual se mantenga física y jurídicamente íntegro, sin embargo, son dudosos los límites de esta intervención.

B. Situación *existente conditione*

a) Cumplimiento de la condición suspensiva

El cumplimiento real o legal —conforme al artículo 1945— de la condición suspensiva trae aparejado el nacimiento de la obligación sujeta a ella.

b) Cumplimiento de la condición resolutoria

El cumplimiento de la condición resolutoria extingue la relación obligatoria.

c) Regla común —Retroactividad

El Código Civil prevé una disposición común al cumplimiento de ambas condiciones:

> Art. 1941.—Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente.

El Código Civil vigente impone la retrotracción de los efectos como regla, pero permite las excepciones que acuerden las partes o que deriven de la naturaleza del acto.

La regla general es que el cumplimiento de la condición surta efectos retroactivos desde el momento en que la obligación condicional fue formada, lo que significa que la sujeta a condición suspensiva existió desde un inicio y la sujeta a condición resolutoria nunca existió.

Capítulo Vigésimo Sexto

OBLIGACIONES SUJETAS A TÉRMINO

I. INTRODUCCIÓN

El término es una modalidad que posterga la exigibilidad de la obligación o la extingue.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

El término es definido por D'Ors como: "...un hecho futuro pero cierto de cuya llegada depende que produzca efectos el acto en que se inserta".[1]

B. Código Napoleón

Previó una Sección intitulada "De las obligaciones a cierto término", conformada por cuatro artículos.

C. Código Civil de 1884

Destinó un Capítulo a la regulación del término, al que denominó "De las obligaciones a plazo".

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Regula el término dentro del mismo Título en que reglamenta la condición y equipara su régimen jurídico.

---

[1] D'Ors, *op. cit.*, p. 370.

III. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN SUJETA A TÉRMINO Y DE TÉRMINO

El Código Civil prevé el siguiente concepto de obligación sujeta a término:

ART. 1953.—Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto.

ART. 1954.—Entiéndase por día cierto aquél que necesariamente ha de llegar.

El legislador solo se refirió a la obligación sujeta a término suspensivo y no a la sujeta a término extintivo.

Doctrinalmente el término es el acontecimiento futuro y necesario de cuyo advenimiento depende la exigibilidad o la extinción de una obligación.

Por su parte, la obligación sujeta a término es aquella cuya exigibilidad o extinción dependen de un acontecimiento futuro y necesario.

A continuación desglosaremos la definición de término:

- Acontecimiento futuro

El término es un acontecimiento futuro, un evento que debe ocurrir en tiempo posterior. No debe confundirse con el plazo, que es el periodo que media entre dos acontecimientos.

La modalidad de la obligación es el término y no el plazo. El acontecimiento futuro y necesario es lo que supedita la exigibilidad o la extinción de la deuda, no el tiempo comprendido entre el nacimiento de ésta y la llegada de aquél.[2]

- Realización necesaria

El término es un acontecimiento de realización necesaria, lo que significa que inevitablemente ocurrirá.

Ejemplos de acontecimientos necesarios son la llegada de un día del calendario o que ocurra un eclipse lunar.

El carácter *necesario* del término permite distinguirlo de la condición, que reviste carácter *contingente*:

ART. 1955.—Si la incertidumbre consistiere en si ha de llegar o no el día, la obligación será condicional y se regirá por las reglas que contiene el Capítulo que precede.

[2] Por ejemplo, supóngase que una persona se obliga el primero de enero a entregar una cantidad de dinero el quince del mismo mes. El término es la llegada del quince de enero. El plazo es el lapso entre el primero y el quince de enero. La exigibilidad de la obligación depende de la llegada del quince de enero, no del tiempo comprendido entre el primero y el quince de ese mes.

- Exigibilidad o extinción de una obligación

El término hace depender la exigibilidad o la extinción de una obligación. En el primer caso es suspensivo o inicial, en el segundo extintivo o final.

El Código Civil regula únicamente el término suspensivo dentro del Capítulo correspondiente. Sin embargo, el autor o las partes de un acto jurídico pueden establecer términos extintivos en aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

IV. CLASES DE TÉRMINO

A. CLASES DE TÉRMINO POR SUS EFECTOS

Por sus efectos el término puede ser suspensivo o extintivo.

a) TÉRMINO SUSPENSIVO

El término suspensivo es el que difiere la exigibilidad de la obligación.

El Código Civil, siguiendo los regímenes normativos que le sirvieron de antecedente, admite que la obligación sujeta a término suspensivo existe, pero no es exigible.

b) TÉRMINO EXTINTIVO

El término extintivo es el que finaliza la existencia de la obligación.

El Código Civil no lo regula dentro de la Teoría General de las Obligaciones, pero lo prevé como causa de terminación de algunos contratos.

B. CLASES DE TÉRMINO POR EL CONOCIMIENTO O DESCONOCIMIENTO DEL DÍA EN QUE OCURRIRÁ

Por el conocimiento o desconocimiento del día en que ocurrirá, el término puede ser cierto o incierto.

a) TÉRMINO CIERTO

El término cierto es aquel respecto del cual se conoce el día en que ocurrirá.

La llegada de un día del calendario o el acaecimiento de un eclipse lunar son ejemplos de términos ciertos, ya que se conoce de antemano cuándo tendrán lugar.

b) TÉRMINO INCIERTO

El término incierto es aquel respecto del cual se desconoce el día en que ocurrirá.

La muerte de una persona o una erupción solar son ejemplos de términos inciertos, ya que no se sabe cuándo se verificarán.

V. CÓMPUTO DEL TIEMPO

El cómputo del tiempo que precede la llegada del término debe realizarse de acuerdo con las reglas previstas en materia de prescripción:

> ART. 1956.—El plazo en las obligaciones se contará de la manera prevenida en los artículos del 1176 al 1180.

En nuestra opinión las reglas sobre el cómputo del plazo deberían remitirse a la Teoría General de las Obligaciones.

A. DETERMINACIÓN DEL TIEMPO POR AÑOS, MESES O DÍAS

Las disposiciones sobre prescripción establecen reglas distintas según el tiempo deba computarse por años, meses o días.[3] Éstas no son aplicables cuando se indica el día específico en que se cumplirá el término[4] o cuando se trate de términos inciertos.

El tiempo fijado en años debe contarse por unidades anuales y no de momento a momento:

> ART. 1176.—El tiempo para la prescripción se cuenta por años y no de momento a momento, excepto en los casos en que así lo determine la ley expresamente.

Conforme al artículo trascrito una deuda contraída el primero de enero de 2012 para ser cumplida en dos años será exigible el primero de enero de 2014, con independencia de la hora en que se contrajo o del número de días que integraron los años.

El tiempo fijado en meses debe contarse según los días que les correspondan:

> ART. 1177.—Los meses se regularán con el número de días que les correspondan.

De acuerdo con el numeral trascrito una deuda contraída el primero de enero para ser cumplida en un mes será exigible el primero de febrero, aún cuando enero tenga más de 30 días. No es clara la regla que debe seguirse cuando las obligaciones se contraen en días distintos al primero del mes. Por ejemplo, si una deuda se asume el 15 de febrero para ser cumplida en un mes ¿deberán considerarse el número de días que conforman febrero o marzo?

[3] Por ejemplo, piénsese en una deuda que deberá cumplirse "en dos años".

[4] Por ejemplo: 21 de diciembre de 2012.

El artículo 1177 debió prever una regla similar a la del 1176: el tiempo debe contarse por periodos y no de momento a momento. El cómputo por periodos o "de fecha a fecha" permite saber que una deuda adquirida el 15 de febrero para ser cumplida en un mes deberá pagarse el 15 de marzo, independientemente del número de días que conformen los meses de que se trate.

El tiempo fijado en días debe contarse por periodos de 24 horas naturales:

> ART. 1178.—Cuando la prescripción se cuente por días, se entenderán éstos de veinticuatro horas naturales, contadas de las veinticuatro a las veinticuatro.

Siguiendo la norma citada, una obligación contraída el primero de enero para ser cumplida en 7 días será exigible el 8 de enero.

B. DÍA INICIAL Y DÍA FINAL

Existen dos criterios sobre si debe o no computarse el primer día del plazo: el primero sostiene que no debe computarse, mientras que el segundo sí lo considera.

El Código Civil acoge el segundo criterio:

> ART. 1179.—El día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo.

Conforme al artículo anotado, si una deuda se contrae a las 20:00 horas se computa el primer día como entero, aunque hubieren faltado 4 horas para su terminación. Por su parte, el último día finaliza al concluir el último segundo de las 23:59 horas, aunque la obligación se haya asumido a las 20:00 horas.

En caso de que el último día sea inhábil, el término deberá recorrerse hasta la conclusión del día hábil siguiente:

> ART. 1180.—Cuando el último día sea feriado, no se tendrá por completa la prescripción, sino cumplido el primero que siga, si fuere útil.

Por día feriado debe entenderse día inhábil.

C. DÍAS HÁBILES Y DÍAS NATURALES

Un problema recurrente en la práctica es determinar cómo deben computarse los días cuando la persona que fija el término no especifica si deben ser hábiles o naturales.

a) CONCEPTO DE DÍA HÁBIL

Generalmente se admite como día hábil el que no es considerado como de descanso obligatorio por la Ley Federal del Trabajo (artículo 74).

Sin embargo, es posible que el ejercicio de un derecho requiera la intervención de una autoridad o de un fedatario que presten sus servicios de acuerdo con un calendario más acotado que el previsto por la legislación laboral. Consecuentemente, deberá recurrirse a las Leyes, Reglamentos o acuerdos administrativos a fin de conocer cuáles son días hábiles para efectos de la participación de autoridades o de fedatarios específicos.

En conclusión, no existe un catálogo universal y definitivo de días hábiles, sino que debe atenderse al caso concreto.

b) CÓMPUTO DEL PLAZO EN DÍAS HÁBILES O NATURALES

La opinión dominante es que los días deben computarse como naturales cuando el autor del término no indique si son hábiles o naturales, ya que el artículo 1178 anteriormente trascrito dispone que: "cuando la prescripción se cuente por días, se entenderán éstos de veinticuatro horas *naturales*". Excepción a lo anterior es que el último día sea inhábil, en cuyo caso el término deberá recorrerse hasta la conclusión del día hábil siguiente, de acuerdo con el artículo 1180.

En nuestra opinión el cómputo de los días en hábiles o naturales dependerá de la manera en que deba ejercerse el derecho de que se trate. Cuando un derecho pueda hacerse efectivo sin la intervención de una autoridad o de un fedatario el plazo deberá computarse en días naturales. Cuando el derecho solo pueda exigirse mediante la participación de una autoridad o de un fedatario deberá computarse en días hábiles. Los Tribunales también han sostenido este criterio.[5]

VI. SITUACIÓN JURÍDICA ANTERIOR Y POSTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO

A. SITUACIÓN JURÍDICA ANTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO

a) SITUACIÓN ANTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO SUSPENSIVO

Antes del cumplimiento del término suspensivo la obligación existe pero no es exigible, por lo que el acreedor no puede requerir su pago.

[5] Tesis de rubro: "ARRENDAMIENTO POR TIEMPO INDEFINIDO. FORMA DE COMPUTARSE EL TERMINO DEL", Registro No. 218086, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, X, octubre de 1992, Página: 279. Tesis: I.6o.C.115 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

La falta de exigibilidad tiene dos repercusiones importantes: la primera, que la deuda no puede ser compensada por ministerio de Ley (artículo 2188); y, la segunda, que no puede empezar a correr el plazo de la prescripción negativa (artículo 1159).

Existen tres aspectos que deben analizarse antes del cumplimiento del término suspensivo: qué sucede si el deudor paga anticipadamente; en favor de quién opera el término y cuáles son las causas de su vencimiento anticipado.

1. Pago anticipado de la obligación

En caso de que el deudor pague anticipadamente la obligación, es decir, antes del cumplimiento del término, deberá observarse lo siguiente:

> ART. 1957.—Lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse.
>
> Si el que paga ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa.

Debe destacarse que el deudor que reclame los frutos de lo entregado anticipadamente deberá probar que actuó *ignorando el beneficio del término* (artículo 1891).

2. Beneficiario del término

El término puede operar en favor del deudor, en favor del acreedor o en favor de ambos.

El término estipulado en beneficio del deudor *impide* que el acreedor pueda exigir el pago antes de su llegada y *faculta* al primero a pagar anticipadamente su deuda.

El término pactado en beneficio del acreedor lo *faculta* a exigir anticipadamente el cumplimiento de la obligación e *impide* que el deudor realice el pago anticipado por su propia iniciativa.

El término convenido en beneficio del deudor y del acreedor obliga a ambos a respetarlo: impide que el deudor pueda pagar anticipadamente la deuda y que el acreedor pueda exigirla.

El Código Civil dispone que el término se presume establecido en favor del deudor:

> ART. 1958.—El plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte, de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor o de las dos partes.

Las partes pueden pactar válidamente que el término opere en beneficio de ambas o del acreedor. Las "circunstancias" también pueden desvirtuar la presunción.

3. *Vencimiento anticipado del término*

El término convenido en favor del deudor o de ambas partes puede darse por cumplido anticipadamente en los siguientes supuestos:

> ART. 1959.—Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:
> I. Cuando después de contraída la obligación, resultare insolvente, salvo que garantice la deuda;
> II. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido;
> III. Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieren, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras igualmente seguras.

El supuesto previsto por la fracción primera se actualiza ante la insolvencia del deudor.[6] La Ley le permite continuar gozando del beneficio del término si garantiza el pago de la responsabilidad civil en que pudiera incurrir por su incumplimiento.

El supuesto a que se refiere la fracción segunda presupone la existencia de una obligación *legal* o *convencional* de otorgar la garantía a que el mismo se refiere.

El supuesto de la fracción tercera se verifica por la *disminución* de garantías derivada de hechos del deudor o por su *desaparición* procedente del caso fortuito.

En la práctica es común que los contratantes pacten causas de vencimiento anticipado adicionales a las previstas por el artículo 1959.[7]

El Código Civil prevé lo siguiente para el caso de que hubieren obligados solidarios:

> ART. 1960.—Si fueren varios los deudores solidarios, lo dispuesto en el artículo anterior sólo comprenderá al que se hallare en alguno de los casos que en él se designan.

De los supuestos previstos por el artículo 1959, solo la desaparición de garantías por caso fortuito produciría el vencimiento anticipado respecto de todos los obligados solidarios.

b) SITUACIÓN ANTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO EXTINTIVO

Antes del cumplimiento del término extintivo la obligación existe y es exigible como pura y simple.

---

[6] "ART. 2166.—Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas."

[7] Frecuentemente se acuerda que la falta de pago de dos o más mensualidades de una obligación de ejecución escalonada ocasione el vencimiento anticipado de toda la deuda.

B. SITUACIÓN JURÍDICA POSTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO

a) SITUACIÓN POSTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO SUSPENSIVO

El cumplimiento del término suspensivo permite al acreedor exigir el pago de la obligación. También hace la deuda compensable por ministerio de Ley y da inicio al plazo de la prescripción negativa.

b) SITUACIÓN POSTERIOR AL CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO EXTINTIVO

El cumplimiento del término extintivo termina la obligación *para el futuro*. A diferencia de como ocurre con la condición, no existe disposición alguna que atribuya efectos retroactivos al término.

CAPÍTULO VIGÉSIMO SÉPTIMO

MODO O CARGA

I. INTRODUCCIÓN

El modo o carga es considerado una tercera modalidad de las obligaciones en razón de su eficacia. Sin embargo, no hay uniformidad de criterios sobre su naturaleza y sus efectos y es cuestionable su existencia como figura autónoma.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

El modo o carga constituía un límite al provecho que el beneficiario recibía de una liberalidad.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

No estableció una regulación general del modo o carga, sin embargo, previó algunas disposiciones sobre él en el Título denominado "De las donaciones entre vivos y de los testamentos".

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

También previó la carga en la regulación de las donaciones y de los testamentos.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN
(*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

El modo o carga fue conceptualizado por la Doctrina de la siguiente manera: "El modo no hace incierta la disposición (que es eficaz inmediatamente),

pero obliga al favorecido al cumplimiento si ha aceptado ('la condición suspende, pero no constriñe; el modo constriñe, pero no suspende')".[1]

III. CONCEPTO DE MODO O CARGA

El Código Civil no prevé concepto alguno de modo o carga.

Desde el punto de vista doctrinal puede definirse como la obligación accidental impuesta por el autor de una liberalidad al beneficiario de ella.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición anotada:

- Obligación

El modo o carga es una obligación, es decir, una relación jurídica entre dos partes que tiene por objeto conductas susceptibles de valoración pecuniaria. El acreedor de esta obligación puede ser el autor de la liberalidad o un tercero.

- Accidental

El modo es una obligación accidental, lo que significa que no es esencial al acto o al contrato de que se trate.[2]

- Impuesta por el autor de una liberalidad

Liberalidad es una palabra que designa los actos o contratos por los que una persona favorece intencionadamente un patrimonio ajeno en detrimento del propio.[3]

Especies de liberalidades son la donación, el testamento, el comodato, el mutuo simple, entre otras.

El modo o carga es impuesto por el autor de la liberalidad, es decir, por la persona que busca favorecer un patrimonio ajeno.

- Al beneficiario de ella

El beneficiario es el sujeto activo de la liberalidad y el pasivo del modo o carga. Es quien debe cumplir lo ordenado por su autor o contraparte.

El beneficiario únicamente deberá cumplir el modo o carga si acepta la liberalidad de que se trate.[4] En los contratos la aceptación tiene lugar cuando se verifica el acuerdo de voluntades. En los testamentos al momento en que admite la herencia o el legado.

---

1 ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 1, *op. cit.*, p. 315.

2 CASTÁN TOBEÑAS, t. 1, v. 2, *op. cit.*, p. 833.

3 BONNECASE, *op. cit.*, p. 500.

4 En sentido similar CASTÁN TOBEÑAS, t. 1, v. 2, *op. cit.*, p. 834.

IV. REGULACIÓN DEL MODO O CARGA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil regula el modo o carga en los mismos apartados en que lo hicieron sus antecesores: al normar la donación y al tratar los testamentos.

A. REGULACIÓN EN MATERIA DE DONACIÓN

La donación en la que se pacta un modo o carga recibe el calificativo de "onerosa":

> ART. 2336.—Es onerosa la donación que se hace imponiendo algunos gravámenes...
>
> ART. 2337.—Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas.

El artículo 2336 hace uso de la palabra "gravámenes", mientras que el 2337 emplea el vocablo "cargas". Una y otro pueden considerarse equivalentes para estos efectos.

La donación onerosa ha sido considerada un contrato complejo, ya que produce los efectos de la donación en la porción que lo donado supere las cargas y genera los de otro negocio en lo que no las supere.[5]

Por ejemplo, supóngase que una persona regala a otra un automóvil con valor de doscientos mil pesos y le impone la carga de entregar diez mil a una Institución de Asistencia Privada. El contrato es donación en la parte que el valor del automóvil excede la carga, es decir, en ciento noventa mil pesos. Es estipulación a favor de tercero en la parte que no la excede, es decir, en diez mil pesos.

Ante el incumplimiento de las cargas el Código Civil dispone lo siguiente:

> ART. 2368.—El donatario responde sólo del cumplimiento de las cargas que se le imponen con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de las cargas abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación.

El numeral trascrito imprime una cualidad especial al modo o carga: la responsabilidad derivada de su incumplimiento se satisface con lo donado y no con todos los bienes alienables y embargables del donatario.[6]

---

5 Véase LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil: Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001, pp. 156 y 157, y RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

6 Artículo 2964.

En materia de donación el modo o carga sí se manifiesta como modalidad de las obligaciones, en razón de la limitación de responsabilidad prevista por el artículo 2368. Ante su incumplimiento el donante puede elegir entre demandar la rescisión del contrato o su cumplimiento forzado, pero en ambos casos la responsabilidad del donatario se limitará al importe de lo donado.

Asimismo, el donatario puede "sustraerse a la ejecución" abandonado el bien donado.

B. Regulación en materia de testamentos

La imposición de una carga equivale al establecimiento de una condición resolutoria:

> Art. 1361.—La carga de hacer alguna cosa se considera como condición resolutoria.

Conforme al artículo trascrito el modo o carga no es una obligación, sino una condición resolutoria. Su incumplimiento resuelve *ipso iure* la institución de heredero o de legatario y no da lugar a la ejecución forzada. En contraste, en materia de donación el incumplimiento de la carga da lugar a la rescisión *a petición de parte*, o a su ejecución forzada con la limitación de responsabilidad comentada.

Puede concluirse que en materia testamentaria el modo o carga no es una modalidad autónoma de las obligaciones, sino una condición.

Capítulo Vigésimo Octavo

OBLIGACIONES COMPLEJAS POR SU OBJETO

I. INTRODUCCIÓN

Las obligaciones complejas por su objeto son una modalidad de las obligaciones en razón del número de objetos que deben cumplirse. Mientras que la obligación pura y simple se integra por un solo objeto, las que son materia de este capítulo se conforman —en acto o en potencia— por dos o más.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

La distinción entre obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas puede encontrarse en las fuentes romanas.

B. Código Napoleón

Solo reguló las obligaciones alternativas.

C. Código Civil de 1884

Distinguió expresamente entre obligaciones conjuntivas y alternativas (artículos 1363 y 1364).

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Únicamente regula las obligaciones alternativas (parágrafo 262).

III. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS

A. Concepto

Las obligaciones conjuntivas son las que tienen dos o más objetos y solo se dan por cumplidas cuando se ejecutan todos:

> ART. 1961.—El que se ha obligado a diversas cosas o hechos, conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos.

Las obligaciones conjuntivas pueden integrarse por dos o más conductas de dar, de hacer o de no hacer, o por cualquiera de sus combinaciones. Es criticable que el legislador solo haya aludido a "cosas o hechos" y no haya incluido las abstenciones.

Como ejemplo de obligación conjuntiva puede citarse la que tiene el arrendador de conceder el uso y/o goce de un bien al arrendatario, ya que comprende conductas de dar, de hacer y de no hacer y solo se da por cumplida cuando se ejecutan todas.

B. Regulación en el Código Civil

El artículo 1961 constituye la única regulación general que prevé el ordenamiento sobre las obligaciones conjuntivas, por lo que estarán sujetas al régimen de las puras y simples en lo que no se oponga a su naturaleza.

IV. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

A. Concepto

Las obligaciones alternativas son las que tienen dos o más objetos potenciales de los que solo debe cumplirse uno:

> ART. 1962.—Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas;...

El numeral citado también omitió mencionar las abstenciones.

B. Regulación en el Código Civil

El Código Civil regula cuatro aspectos sobre las obligaciones alternativas: la prohibición de pago parcial, el derecho de elección, el incumplimiento de un hecho y las consecuencias de la pérdida de uno o de todos los objetos. A continuación analizaremos los primeros tres. El último será estudiado en el capítulo correspondiente a la teoría de los riesgos.

a) PROHIBICIÓN DE PAGO PARCIAL

El deudor de una obligación alternativa no puede cumplir parcialmente las diversas conductas que la constituyen:

> ART. 1962.—Si el deudor se ha obligado a uno de los hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; *mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho.*

La segunda parte del artículo trascrito solo reitera la prohibición de pago parcial que prevé la Teoría General de las Obligaciones (artículo 2078). En nuestra opinión debería derogarse.

b) DERECHO DE ELECCIÓN

Sobre la facultad de elegir el objeto con el que habrá de cumplirse la obligación debe analizarse a quién corresponde, cuándo y cómo debe ejercerse, qué consecuencias siguen a su ejercicio y en qué supuesto se extingue.

1. Titular del derecho de elección

Por regla general el derecho de elección corresponde al deudor:

> ART. 1963.—En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, si no se ha pactado otra cosa.

Las excepciones a la regla trascrita pueden emanar de la Ley o de la voluntad de las partes.

2. Tiempo de ejercicio

Comúnmente los contratantes acuerdan el plazo dentro del que habrá de ejercerse el derecho de elección así como las consecuencias que siguen a su falta de ejercicio. La Ley no prevé disposiciones supletorias a este respecto, sin embargo, puede aplicarse por analogía el siguiente artículo previsto en materia de Sucesiones:

> ART. 1425.—El juez, a petición de parte legítima, hará la elección, si en el término que le señale no la hiciere la persona que tenga derecho de hacerla.

Con relación al estatus que guarda el objeto de la obligación antes de efectuada la elección se han elaborado diversas teorías. Algunos juristas opinan que

todos los objetos son debidos, otros que ninguno lo es y un tercer sector considera que el contenido de la deuda es indeterminado pero determinable.[1]

En nuestra opinión debe recurrirse a los conceptos filosóficos del ser en acto y del ser en potencia. Antes de que se ejerza el derecho de elección el deudor de la obligación alternativa debe todos los objetos *potencialmente*. Una vez ejercido deberá el elegido *en acto*.

3. *Forma de ejercicio*

El derecho de elección se ejercita a través de la notificación que efectúe su titular:

ART. 1964.—La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada.

Cuando la elección corresponda al deudor la notificación deberá realizarse al acreedor. Cuando corresponda al acreedor deberá realizarse al deudor. Cuando corresponda a un tercero deberá realizarse tanto al acreedor como al deudor. Cuando dependa de un acontecimiento contingente consideramos que no será necesaria notificación alguna.

4. *Consecuencias del ejercicio*

El ejercicio del derecho de elección determina irrevocablemente el objeto de la obligación. También transmite la propiedad y los riesgos del objeto siempre que se trate de bienes individualizados.

5. *Extinción*

El derecho de elección se pierde en el siguiente supuesto:

ART. 1965.—El deudor perderá el derecho de elección cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, sólo una fuere realizable.

El numeral citado se refiere a las prestaciones que no podían ser materia de la deuda desde un inicio[2] y no a las que, pudiendo ser objeto de ella, se hubieren vuelto imposibles.

Fundamos nuestra interpretación en que la Ley regula una extensa casuística sobre la pérdida de objetos "posibles", por lo que no era necesario un artículo más.

[1] El último es el criterio de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 103.

[2] Por ejemplo, por estar fuera del comercio o por ser física o jurídicamente imposibles.

c) INCUMPLIMIENTO DE UN HECHO

La Ley dispone lo siguiente para el caso de que el deudor no preste el hecho a que se hubiere obligado:

ART. 1978.—Si el obligado a prestar una cosa o ejecutar un hecho se rehusare a hacer lo segundo y la elección es del acreedor, éste podrá exigir la cosa o la ejecución del hecho por un tercero, en los términos del artículo 2027. Si la elección es del deudor, éste cumple entregando la cosa.

ART. 1983.—La falta de prestación del hecho se regirá por lo dispuesto en los artículos 2027 y 2028.

Los artículos trascritos son reiterativos de otras disposiciones de la Teoría General de las Obligaciones, por lo que deberían derogarse.

V. OBLIGACIONES FACULTATIVAS

A. CONCEPTO

La Ley no prevé concepto alguno sobre las obligaciones facultativas.

Doctrinalmente pueden definirse como las que tienen un solo objeto pero permiten al deudor liberarse prestando otro distinto previsto con anterioridad.

Los romanistas y los civilistas coinciden en que las obligaciones alternativas se distinguen de las facultativas en que las primeras tienen dos o más objetos *in obligatione* —es decir, como contenido de la deuda—, mientras que las segundas tienen un objeto *in obligatione* y otro *in facultate solutionis* —es decir, como medio alternativo de liberación—.

Ejemplo de una obligación facultativa es que una persona deba un reloj pero esté autorizada para liberarse entregando un automóvil.

B. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil no reglamenta las obligaciones facultativas, sin embargo, la Doctrina[3] enumera algunas reglas que acentúan su distinción con las alternativas:

a) El acreedor de una obligación facultativa solo puede exigir lo que está *in obligatione*, no así lo que yace *in facultate solutionis*. En contraste, el de la obligación alternativa puede exigir cualquiera de las prestaciones cuando le corresponde el derecho a elegir, ya que todas se encuentran *in obligatione*.

[3] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 746.

b) Si el objeto de la obligación facultativa es imposible no hay obligación, aún cuando lo habido *in facultate solutionis* sea posible y lícito. Si alguno de los objetos de la obligación alternativa es imposible la deuda subsiste respecto de los otros.

c) La pérdida del objeto de la obligación facultativa por caso fortuito o fuerza mayor libera al deudor. La de alguno de los objetos de la obligación alternativa no lo exime de cumplir los demás.

CAPÍTULO VIGÉSIMO NOVENO

OBLIGACIONES COMPLEJAS POR LOS SUJETOS

I. INTRODUCCIÓN

Las modalidades materia de este capítulo versan sobre el número de personas que participan en la relación jurídica. Mientras que la obligación ordinaria se integra por un acreedor y por un deudor, las obligaciones complejas por los sujetos se conforman por varios deudores y/o por varios acreedores.

Las obligaciones indivisibles serán estudiadas en un capítulo independiente, por tratarse de una modalidad que involucra particularidades tanto en los sujetos como en el objeto.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Por regla general la pluralidad de acreedores o de deudores hacía que el crédito se dividiera en tantas partes como personas había.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Destinó una Sección a las obligaciones complejas por los sujetos, a la que intituló "De las obligaciones mancomunadas".

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Previó un Capítulo denominado "De la mancomunidad", en el que reguló la de acreedores y la de deudores.

[1] D. 45. 2. 11. §1.

D. Código Civil Alemán
(*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Prevé una Sección denominada "Pluralidad de deudores y acreedores" en la que dispone que, ante la duda, tiene lugar la división del crédito (artículo 420).

III. CONCEPTO DE MANCOMUNIDAD

Las obligaciones complejas por los sujetos son un género al que la Ley denomina "mancomunidad":

> Art. 1984.—Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad.

La palabra "mancomunidad" ha tenido diversos significados. El Código Napoleón y el Código Civil de 1884 la utilizaron para referirse a las obligaciones solidarias. La legislación vigente la emplea para aludir a cualquier obligación compleja por los sujetos.

Es esencial a toda mancomunidad que haya *pluralidad* de acreedores y/o de deudores y *una sola* relación jurídica.

En el Capítulo correspondiente la Ley regula tres figuras: la simple mancomunidad, la solidaridad y las deudas indivisibles. A continuación analizaremos las dos primeras.

IV. SIMPLE MANCOMUNIDAD

A. Concepto

La Ley prevé el siguiente concepto de simple mancomunidad:

> Art. 1985.—La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros.

La simple mancomunidad puede ser activa, pasiva o mixta. Es activa la conformada por pluralidad de acreedores, pasiva la integrada por pluralidad de deudores y mixta la compuesta por pluralidad de acreedores y de deudores.

El artículo 1985 establece que la simple mancomunidad puede integrarse por varios deudores o acreedores, que ninguno debe cumplir o puede exigir el

todo, respectivamente, y que el crédito o la deuda se dividen en tantas porciones como deudores o acreedores haya. Sin embargo, su parte final introduce un elemento contradictorio: "*...cada parte constituye una deuda o un crédito distinto unos de otros*".

El fragmento citado contradice lo preceptuado por el artículo 1984. Conforme a éste la mancomunidad tiene lugar: "cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores, *tratándose de una misma obligación*". Según aquél, en la simple mancomunidad: "*cada parte constituye una deuda o un crédito distinto*".

Desde el punto de vista legal las obligaciones simplemente mancomunadas no son obligaciones complejas por los sujetos, sino créditos independientes unos de otros. No son una especie de mancomunidad debido a que constituyen varias relaciones jurídicas.[2]

B. Regulación

El Código Civil establece la siguiente presunción con relación a las obligaciones simplemente mancomunadas:

> Art. 1986.—Las partes se presumen iguales a no ser que se pacte otra cosa o que la ley disponga lo contrario.

La presunción prevista por el artículo trascrito constituye la única reglamentación legal de la simple mancomunidad y es aplicable a la activa, a la pasiva y a la mixta.

En todo lo demás cada porción será un crédito independiente sujeto al régimen de la obligación ordinaria.

V. SOLIDARIDAD

A. Concepto

El concepto legal de solidaridad es compatible con el género mancomunidad:

> Art. 1987.—Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores re-

[2] Es posible que el legislador haya considerado las obligaciones simplemente mancomunadas como especie de mancomunidad porque suelen emanar de una misma causa. Sin embargo, por estar conformadas por pluralidad de vínculos son incompatibles con el género "mancomunidad".

porten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.

De acuerdo con el artículo trascrito la solidaridad es la obligación compleja por los sujetos que permite a cada uno de los acreedores exigir la totalidad del objeto y que constriñe a cada uno de los deudores a pagarlo.

En la obligación solidaria solo hay una relación jurídica.

La solidaridad también puede ser activa, pasiva o mixta. Es activa la integrada por pluralidad de acreedores, pasiva la conformada por pluralidad de deudores y mixta la compuesta por pluralidad de acreedores y de deudores.

B. Fuentes

La solidaridad tiene por fuente la Ley o la voluntad de las partes:

> Art. 1988.—La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

La norma trascrita confiere a la solidaridad carácter excepcional. La regla general es que la pluralidad de acreedores y/o de deudores origine la simple mancomunidad y, de acuerdo con el Código Civil, existan tantas obligaciones como personas. Para que haya solidaridad es necesaria una norma legal o voluntaria que la establezca.

C. Aspecto externo

En toda obligación solidaria puede distinguirse un aspecto externo o aparente y otro interno o subyacente. El primero se refiere a la relación entre acreedores y deudores, el segundo a la relación de los acreedores entre sí y de los deudores entre sí.

A continuación desarrollaremos el aspecto externo de la solidaridad, comenzando con las reglas comunes a la activa y a la pasiva y luego con las propias de cada una. El régimen aplicable a la solidaridad mixta se obtiene, en principio, por la acumulación de unas y otras.

a) Disposiciones comunes a la solidaridad activa y a la pasiva

1. *Efecto liberatorio del pago*

Lo característico de la solidaridad es que el pago efectuado por cualquiera de los deudores en favor de cualquiera de los acreedores satisfaga la obligación:

> Art. 1990.—El pago hecho a uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la deuda.

La norma citada es congruente con la esencia de la solidaridad: si cualquier acreedor puede exigir el todo, tiene sentido que el pago efectuado a uno dé por cumplida la obligación respecto de todos. A su vez, si cualquiera de los deudores debe el todo, es lógico que el pago realizado por uno libere a todos.

2. *Extinción de la obligación solidaria*

La obligación solidaria se extingue por cualquiera de las siguientes causas:

> Art. 1991.—La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación.

En los apartados que el Código Civil destina a la compensación, a la confusión y a la novación existen normas adicionales sobre las obligaciones solidarias, por lo que reservaremos la glosa del artículo 1991 para capítulos siguientes.

3. *Interrupción de la prescripción*

La interrupción de la prescripción favorece a todos los acreedores y perjudica a todos los deudores:

> Art. 2001.—Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás.

4. *Responsabilidad por incumplimiento*

El incumplimiento de cualquiera de los deudores solidarios sujeta a todos a prestar la indemnización correspondiente:

> Art. 2002.—Cuando por el no cumplimiento de la obligación se demanden daños y perjuicios, cada uno de los deudores solidarios responderá íntegramente de ellos.

El artículo citado mantiene la solidaridad entre los deudores incluso cuando lo reclamado sea el resarcimiento de daños y/o perjuicios.

b) Disposiciones relativas a la solidaridad activa

1. *Objeto exigible*

Cada uno de los acreedores solidarios puede exigir al deudor o deudores lo siguiente:

ART. 1989.—Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda...

Conforme al artículo trascrito cada acreedor solidario puede exigir "el pago total o parcial de la deuda". Si alguno de los acreedores demanda el pago parcial, tanto éste como los otros podrán exigir el resto del objeto en cualquier momento.

2. *Persona a la que debe hacerse el pago*

En lo relativo a la persona a la que debe hacerse el pago la Ley prevé lo siguiente:

ART. 1994.—El deudor de varios acreedores solidarios se libra pagando a cualquiera de éstos, a no ser que haya sido requerido judicialmente por alguno de ellos, en cuyo caso deberá hacer el pago al demandante.

El numeral trascrito establece una regla general: el deudor puede elegir libremente a cuál de los acreedores pagar. También prevé una excepción: en caso de haber sido requerido judicialmente por alguno, solo podrá pagar al requirente.

3. *Fallecimiento de un acreedor solidario*

La Ley prevé lo siguiente para el caso de que fallezca alguno de los acreedores solidarios:

ART. 1993.—Si falleciere alguno de los acreedores solidarios dejando más de un heredero, cada uno de los coherederos sólo tendrá derecho de exigir o recibir la parte del crédito que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible.

El texto anotado puede interpretarse de dos maneras:

La primera, que el legislador aludió al aspecto externo de la solidaridad activa y que los coherederos o colegatarios fungen como *acreedores simplemente mancomunados* del deudor, dividiéndose el crédito en proporción a su haber.[3]

La segunda, que el legislador se refirió al aspecto interno de la solidaridad activa y que los coherederos o colegatarios son *acreedores solidarios* del deudor, pudiendo cada uno exigir el todo. Conforme a esta interpretación el crédito únicamente se dividirá en las relaciones que los acreedores mantienen entre sí. Este criterio se apoya en la idea de que la obligación solidaria es una sola relación jurídica.

La ambigüedad del artículo 1993 permite que ambas interpretaciones encuadren en él.

[3] Por ejemplo, si Juan fallece dejando a Pedro y a Roberto como causahabientes por partes iguales de un crédito solidario de mil pesos, cada uno podrá exigir quinientos, sin perjuicio de que otros acreedores solidarios puedan exigir el cumplimiento total.

c) DISPOSICIONES RELATIVAS A LA SOLIDARIDAD PASIVA

1. *Insolvencia de un deudor solidario*

Si el acreedor demanda el pago a un deudor solidario que posteriormente es declarado insolvente, podrá dirigir su acción contra los demás:

ART. 1989.—...Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos...

2. *Renuncia del acreedor a la solidaridad pasiva*

El acreedor puede renunciar total o parcialmente a la solidaridad pasiva. La renuncia total surte efectos en favor de todos los deudores. Requiere la manifestación expresa de voluntad del acreedor y hace que la deuda se divida en tantas partes como obligados haya. La renuncia parcial surte efectos en favor de uno o de algunos deudores:

ART. 1989.—...Si hubiesen reclamado sólo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda, respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad.

La norma citada establece que el acreedor renuncia parcialmente a la solidaridad si reclama el objeto en parte o si consiente de otro modo en la división de la deuda *respecto de alguno o algunos deudores*. La renuncia parcial solo beneficia a los deudores designados, por lo que el resto deberá cumplir la obligación por entero "...con deducción de la parte del deudor o deudores libertados..."

No debe confundirse la renuncia a la solidaridad con la remisión de la obligación solidaria. La primera ocasiona la división del crédito, la segunda lo extingue.

3. *Excepciones que puede oponer el deudor solidario*

El deudor solidario puede oponer las siguientes excepciones al acreedor:

ART. 1995.—El deudor solidario sólo podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor, las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales.

La disposición trascrita permite oponer dos tipos de excepciones: las que derivan de la naturaleza de la obligación y las que son personales al demandado.

Las excepciones que "derivan de la naturaleza de la obligación" se encaminan a destruir la acción por causas que pueden invocar todas las partes y que se relacionan con la formación o ejecución del negocio que le dio origen o con la extinción de la deuda. Ejemplos de estas excepciones son la de pago, la de nulidad absoluta, la de nulidad por falta de forma, la de contrato no cumplido, la de prescripción, la de novación, entre otras.

Las excepciones personales buscan destruir la acción por causas que atañen exclusivamente al demandado y que solo éste puede invocar. Ejemplos de estas excepciones son la de nulidad por error y la de nulidad por incapacidad de ejercicio.

4. *Imposibilidad de cumplimiento*

La imposibilidad de cumplimiento genera consecuencias distintas dependiendo de si es imputable o no a los deudores.

Si no media culpa de los deudores es aplicable lo siguiente:

> ART. 1997.—Si la cosa hubiere perecido, o la prestación se hubiere hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida...

Consideramos que si la prestación se vuelve imposible *solo para uno* de los deudores la obligación podrá exigirse a los demás. Lo anterior tiene mayor probabilidad de ocurrir cuando lo debido es un hecho.

Si media culpa de los deudores deberá observarse lo siguiente:

> ART. 1997.—...
> Si hubiere mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos responderán del precio y de la indemnización de daños y perjuicios, teniendo derecho los no culpables de dirigir su acción contra el culpable o negligente.

La norma anotada protege al acreedor permitiéndole dirigir su acción contra cualquiera de los deudores solidarios. También protege a los deudores distintos del culpable, ya que los faculta a reclamar de éste lo que hubieren pagado en exceso de la prestación original.

5. *Fallecimiento de un deudor solidario*

Si fallece alguno de los deudores solidarios es aplicable lo siguiente:

> ART. 1998.—Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores.

El texto citado admite dos interpretaciones:

Puede considerarse que el legislador se refirió al aspecto externo de la solidaridad pasiva y que la deuda se divide entre los causahabientes del *de cujus* en proporción a su haber, quienes son *deudores simplemente mancomunados* del acreedor.

También puede entenderse que el legislador aludió al aspecto interno de la solidaridad pasiva y que cada uno de los causahabientes del *de cujus* es *deudor solidario* del acreedor, por lo que puede ser compelido por el todo. Conforme a esta interpretación la deuda se dividirá únicamente en las relaciones que los obligados mantienen entre sí.

La ambigüedad del artículo 1998 permite que ambas interpretaciones encuadren en él.

D. ASPECTO INTERNO

En este apartado desarrollaremos las reglas aplicables al aspecto interno o subyacente de la solidaridad activa y de la solidaridad pasiva.

a) SOLIDARIDAD ACTIVA

1. *Repartición de lo recibido*

El acreedor que cobra la obligación solidaria debe repartir lo recibido con los demás:

> ART. 1992.—El acreedor que hubiese recibido todo o parte de la deuda... queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos.

Los acreedores distintos del que obtuvo el pago se convierten en acreedores simplemente mancomunados de él. Salvo pacto en contrario la repartición habrá de realizarse por partes iguales, según se desprende de la frase "...dividido el crédito entre ellos".

2. *Extinción de la obligación por remisión*

El Código Civil prevé lo siguiente para el caso de que alguno de los acreedores solidarios remita total o parcialmente la deuda:

> ART. 1992.—El acreedor que hubiese recibido todo o parte de la deuda, *o que hubiese hecho quita o remisión de ella*, queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividido el crédito entre ellos.

El acreedor que remite la deuda está sujeto a la misma consecuencia aplicable a quien recibe el pago: "queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda". Pero ¿qué significa en este supuesto que "quede responsable"? A nuestro juicio, que deberá entregar a los demás acreedores *lo que les hubiera correspondido si la deuda hubiese sido pagada en su totalidad.*

Por ejemplo, supóngase que Juan, Raúl y Javier son acreedores solidarios de Luis por sesenta mil pesos y que el primero remite la deuda. Conforme al artículo 1992 Juan "queda responsable" frente a Raúl y a Javier. Si Luis hubiese pagado la deuda Raúl y Javier hubiesen tenido derecho a recibir veinte mil pesos cada uno. Esto es lo que pueden reclamar a Juan.

b) SOLIDARIDAD PASIVA

1. *Reembolso de lo pagado*

El deudor que paga la obligación solidaria tiene derecho de exigir a los demás una parte de lo entregado:

> ART. 1999.—El deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda.
>
> Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales...
>
> En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor.

El primer párrafo del numeral trascrito faculta al deudor que paga a repetir contra los otros por la parte que les corresponda. El segundo párrafo determina cuánto puede exigir: "los deudores están obligados entre sí por partes iguales", salvo pacto en contrario.

Por ejemplo, si cuatro personas son deudoras solidarias de sesenta mil pesos y una los paga, podrá exigir quince mil a cada uno de los codeudores.

El último párrafo del artículo 1999 establece que el deudor que paga se subroga en los derechos del acreedor. Lo anterior contradice lo preceptuado por el artículo 1990: "el pago hecho a uno de los acreedores solidarios extingue totalmente la deuda". ¿Cómo puede el deudor subrogarse en un derecho extinguido por pago?

El debate no es del todo intrascendente. De sostener que el deudor se subroga en los derechos del acreedor gozará de las mismas garantías que éste tenía. Por el contrario, si se afirma que es titular de un derecho independiente carecerá de ellas.

2. *Insolvencia de uno de los deudores solidarios*

Anteriormente expusimos las consecuencias de la insolvencia de un deudor en el ámbito externo de la solidaridad pasiva. Con relación al interno es aplicable lo siguiente:

> ART. 1999.—...
>
> Si la parte que incumbe a un deudor solidario no puede obtenerse de él, el déficit debe ser repartido entre los demás deudores solidarios, aun entre aquellos a quienes el acreedor hubiere libertado de la solidaridad...

El artículo anotado responsabiliza *a todos* los deudores solidarios por la parte que correspondía al insolvente, incluso a quienes hubieren sido liberados de la solidaridad por el acreedor.

Por ejemplo, si cuatro personas son deudoras solidarias de sesenta mil pesos y una los paga, podrá exigir quince mil a cada uno de sus codeudores. Si alguno es declarado insolvente, el déficit (quince mil pesos) deberá repartirse entre todos, incluido quien hizo el pago. Consecuentemente, el autor del pago podrá exigir cinco mil pesos adicionales a cada codeudor solvente.

3. *Consecuencias de una defensa negligente en juicio*

La Ley prevé lo siguiente para el caso de que alguno de los deudores solidarios sea demandado y no oponga las excepciones que correspondan a todos:

> ART. 1996.—El deudor solidario es responsable para con sus coobligados si no hace valer las excepciones que son comunes a todos.

La "responsabilidad" del deudor omiso se traduce en que no podrá repetir contra sus codeudores por lo que hubiere pagado.

4. *Negocio que interesa solo a uno de los coobligados*

Cuando el negocio que da lugar a la obligación solidaria solo interesa a uno de los deudores el interesado responderá de toda ella frente a los demás:

> ART. 2000.—Si el negocio por el cual la deuda se contrajo solidariamente, no interesa más que a uno de los deudores solidarios, éste será responsable de toda ella a los otros codeudores.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO

OBLIGACIONES INDIVISIBLES

I. INTRODUCCIÓN

Las obligaciones materia del presente capítulo se caracterizan por tener un objeto indivisible y pluralidad de acreedores, de deudores o de ambos, sin que haya simple mancomunidad ni solidaridad.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano se distinguió entre obligaciones divisibles e indivisibles.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Destinó una Sección a la regulación de las obligaciones divisibles e indivisibles.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Al igual que su antecesor de 1870, no reguló las obligaciones indivisibles por considerar que constituían un supuesto de solidaridad por razón del objeto (artículo 1396 f. I).

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Regula las obligaciones indivisibles dentro de la misma Sección en que prevé la solidaridad y distingue entre la pluralidad de deudores y la de acreedores.

III. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN INDIVISIBLE

El Código Civil prevé los siguientes conceptos de obligación divisible y de obligación indivisible:

> ART. 2003.—Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero.

Desde el punto de vista doctrinal la obligación es divisible si su objeto puede fraccionarse sin detrimento de su esencia y de su valor económico. Es indivisible si no puede fraccionarse sin detrimento de su esencia y de su valor económico.

A continuación analizaremos los elementos que conforman los conceptos propuestos.

- Objeto fraccionable

Que el objeto pueda fraccionarse significa que pueda cumplirse en partes. En sentido opuesto, que el objeto no pueda fraccionarse significa que debe cumplirse por entero.

La imposibilidad de fraccionamiento deriva de la naturaleza del objeto o del pacto entre las partes.[1]

Objetos *naturalmente* divisibles son la entrega de una cantidad de dinero o de una cantidad de géneros como el maíz o el café. Objetos *naturalmente* indivisibles son la entrega de un cuadro o de un animal.

- Preservación de la esencia y del valor económico

Los dos parámetros que determinan la divisibilidad o indivisibilidad *natural* de un objeto son la preservación de su esencia y de su valor económico.[2]

Un bien es naturalmente divisible si puede fraccionarse *sin menoscabo de su sustancia* y *de manera que cada fracción conserve la esencia del todo.* Por ejemplo, un pastel puede partirse sin detrimento de su sustancia y de manera que cada rebanada conserve la esencia del todo. Por el contrario, un caballo no puede partirse sin detrimento de su sustancia, ya que al fraccionarse dejaría de ser caballo y cada una de sus partes carecería de la esencia del todo.

La conservación del valor económico es otro factor a considerar para determinar la divisibilidad natural de un bien. Por ejemplo, una pieza de mármol

[1] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 761.

[2] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, p. 21.

o de cristal de dos metros cuadrados puede costar más que dos piezas de un metro cuadrado cada una.

IV. MARCO NORMATIVO DE LAS OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES

El régimen normativo de las obligaciones divisibles e indivisibles difiere en razón de si están conformadas por un solo acreedor y un solo deudor o por varios acreedores y/o deudores.

A. UNICIDAD DE SUJETOS

Las obligaciones divisibles e indivisibles integradas por un solo deudor y por un solo acreedor están sujetas, en lo general, a las reglas de la obligación ordinaria. Sin embargo, la indivisibilidad del objeto puede constituir un límite a la voluntad de las partes, ya que no podrán convenir su cumplimiento parcial ni penas por su incumplimiento parcial.[3]

B. PLURALIDAD DE SUJETOS

La divisibilidad o indivisibilidad del objeto incrementa su importancia si participa más de un acreedor y/o de un deudor en la relación jurídica. En estos casos será aplicable lo siguiente:

> ART. 2005.—Las obligaciones divisibles en que haya más de un deudor o acreedor se regirán por las reglas comunes de las obligaciones; las indivisibles en las que haya más de un deudor o acreedor se sujetarán a las siguientes disposiciones.

El artículo trascrito prevé la existencia de dos regímenes normativos: el de las obligaciones divisibles con pluralidad de sujetos y el de las indivisibles con pluralidad de sujetos.

Las obligaciones divisibles con pluralidad de sujetos se rigen: "por las reglas comunes de las obligaciones". En realidad pueden ser simplemente mancomunadas o solidarias,[4] por lo que remitimos a los comentarios realizados en el capítulo anterior.

Las obligaciones indivisibles en las que participan pluralidad de sujetos se rigen por normas especiales que constituirán la materia de los apartados siguientes.

[3] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 706.

[4] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 686.

V. ASPECTO EXTERNO

A. Disposiciones comunes a la indivisibilidad activa y a la pasiva

a) Carácter unitario del pago

Es esencial a toda obligación indivisible que deba ser pagada por entero, ya sea que esté conformada por varios acreedores y/o por varios deudores. Consecuentemente, cada uno de los acreedores podrá exigir su cumplimiento total y cada uno de los deudores deberá ejecutarlo.

El carácter unitario del pago solo se encuentra previsto respecto de la pluralidad de deudores:

> Art. 2006.—Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad...

El Código Civil vigente carece de una disposición que faculte de manera general a cualquiera de los acreedores a reclamar el cumplimiento total de la obligación indivisible. Sin embargo, esta facultad puede considerarse inherente a la esencia de la indivisibilidad e incluso concedida por mayoría de razón, atendiendo a que la Ley la otorga a los herederos del acreedor, como veremos más adelante.

b) Incapacidad de una de las partes

Por regla general la nulidad de un contrato fundada en la incapacidad de ejercicio de uno de los contratantes solo puede ser demandada por el incapaz (artículo 2230). En materia de obligaciones indivisibles existe la siguiente excepción:

> Art. 1799.—La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, *salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.*

La norma trascrita es aplicable tanto a la indivisibilidad activa como a la pasiva, ya que expresamente alude al "derecho" y a la "obligación" común. Consecuentemente, si uno de los acreedores es incapaz los demás podrán invocar su incapacidad para demandar la anulación del contrato. Lo mismo sucede si uno de los deudores es incapaz.

c) Extinción de la indivisibilidad

La obligación pierde su carácter indivisible cuando es incumplida y surge el derecho al resarcimiento de daños y/o perjuicios:

> Art. 2010.—Pierde la calidad de indivisible, la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios y, entonces, se observarán las reglas siguientes:
>
> I. Si para que se produzca esa conversión hubo culpa de parte de todos los deudores, todos responderán de los daños y perjuicios proporcionalmente al interés que representen en la obligación;
>
> II. Si sólo algunos fueron culpables, únicamente ellos responderán de los daños y perjuicios.

En la hipótesis prevista por la fracción primera, todos los deudores "responderán de los daños y perjuicios proporcionalmente al interés que representen en la obligación".

Por ejemplo, supóngase que Juan compra un caballo a Luis y a Javier. Piénsese que Luis es titular del 75% de indiviso y Javier del 25% restante. Si Luis y Javier incumplen su obligación de entregar el caballo deberán indemnizar a Juan a razón de 75% el primero y 25% el segundo, sin que Juan pueda reclamar toda la indemnización a uno.

En la hipótesis prevista por la fracción segunda, solo el deudor o los deudores responsables deberán prestar la indemnización.

Retomando el ejemplo citado, si la falta de entrega del caballo solo es imputable a Luis, éste deberá indemnizar en exclusiva los daños y/o perjuicios irrogados a Juan.

B. Disposiciones aplicables a la indivisibilidad activa

a) Remisión de la obligación

La remisión total o parcial de la obligación indivisible requiere el consentimiento de todos los acreedores:

> Art. 2008.—Sólo por el consentimiento de todos los acreedores puede remitirse la obligación indivisible o hacerse una quita de ella.

El artículo trascrito exige el consentimiento de todos los acreedores para perdonar total o parcialmente la deuda indivisible.

El que la remisión *total* no pueda ser concedida individualmente es congruente con la regla consistente en que la renuncia de derechos no puede perjudicar los que yacen en el patrimonio de terceros (artículo 6). Los acreedores distintos del autor de la remisión son terceros respecto de ésta, por lo que no debe perjudicarlos.

La remisión *parcial* o quita solo puede efectuarse si lo debido es un objeto naturalmente divisible que por acuerdo de las partes ha de ser cumplido por entero.

Por ejemplo, puede hacerse quita de la obligación de entregar una cantidad de dinero que por convenio se estatuyó indivisible. Por el contrario, no puede hacerse quita de la obligación de entregar un televisor.

En nuestra opinión sí debería permitirse la quita realizada por uno de los acreedores, siempre que el autor extinga exclusivamente *su pretensión* sobre el objeto debido.

b) FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS ACREEDORES

Si fallece uno de los acreedores de la obligación indivisible deberá observarse lo siguiente:

> ART. 2007.—Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la completa ejecución indivisible, obligándose a dar suficiente garantía para la indemnización de los demás coherederos, pero no puede por sí solo perdonar el débito total, ni recibir el valor en lugar de la cosa.
>
> Si uno solo de los herederos ha perdonado la deuda o recibido el valor de la cosa, el coheredero no puede pedir la cosa indivisible sino devolviendo la porción del heredero que haya perdonado o que haya recibido el valor.

C. DISPOSICIONES APLICABLES A LA INDIVISIBILIDAD PASIVA

a) FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS DEUDORES

Si fallece uno de los deudores de la obligación indivisible será aplicable lo siguiente:

> ART. 2006.—Cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad.
>
> *Lo mismo tiene lugar respecto de los herederos de aquel que haya contraído una obligación indivisible.*

La norma trascrita confirma la indivisibilidad de la deuda cuando es adjudicada a más de un causahabiente *mortis causa*: cada uno puede ser requerido por el todo.

b) CONCURRENCIA DE CODEUDORES EN EL JUICIO

La Ley permite al deudor demandado solicitar un plazo para llamar a sus codeudores a fin de que sean parte del litigio:

> ART. 2009.—El heredero del deudor, apremiado por la totalidad de la obligación, puede pedir un término para hacer concurrir a sus coherederos, siempre que la deuda no sea de tal naturaleza que sólo pueda satisfacerse por el heredero demandado, el cual entonces puede ser condenado, dejando a salvo sus derechos de indemnización contra sus coherederos.

VI. ASPECTO INTERNO

El Código Civil no regula el aspecto interno de las obligaciones indivisibles, sin embargo, alude a él en los artículos 2007 (relativo a la necesidad de que un acreedor se obligue a dar "garantía" por la "indemnización" que corresponda a los demás) y 2009 (que deja a salvo los derechos del deudor condenado para exigir una "indemnización" a sus codeudores).

La falta de un marco normativo específico no implica que entre los acreedores y entre los deudores no surjan relaciones jurídicas.

Si uno de los acreedores percibe la totalidad del objeto es justo que lo comparta con los otros o que les entregue una parte de su valor, ya que todos son sujetos activos del crédito. Si uno de los deudores cumple por entero, en principio, debe poder repetir contra los demás ya que también son sujetos pasivos de la deuda.

Las lagunas que padece la legislación en esta materia deben colmarse con las disposiciones sobre enriquecimiento ilegítimo.

VII. INDIVISIBILIDAD Y SOLIDARIDAD

El Código Civil reconoce expresamente la diferencia entre obligación indivisible y solidaria:

> ART. 2004.—La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO PRIMERO

INTRODUCCIÓN A LA TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I. INTRODUCCIÓN

La transmisión de las obligaciones permite que personas distintas del acreedor y del deudor originales ocupen sus posiciones en la relación jurídica.

II. DESARROLLLO HISTÓRICO

A. DERECHO ROMANO

No admitió en lo general el cambio de sujetos dado el carácter personal del vínculo jurídico.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló la transmisión de derechos y de deudas *mortis causa*, así como la transmisión de derechos por acto *inter vivos*.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Previó los mismos modos de transmisión de derechos y deudas que el Código Napoleón.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Es el primer ordenamiento que reguló expresamente tanto la transmisión de créditos como la de deudas *mortis causa* y por acto *inter vivos*.

III. TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil reserva el Título Tercero de la Primera Parte de su Libro Cuarto a la transmisión *inter vivos* de las obligaciones. Dentro de él regula tanto la transmisión de créditos —que da lugar al cambio de acreedor— como la de deudas —que origina el cambio de deudor—.

La transmisión de créditos puede llevarse a cabo de dos maneras: por medio de una cesión de derechos o a través de la subrogación.

La transmisión de deudas se realiza por medio de la cesión de deudas.

Los capítulos siguientes los dedicaremos al examen de estas figuras. También incluiremos un capítulo sobre la cesión de contrato, no prevista por nuestra legislación.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO SEGUNDO

CESIÓN DE DERECHOS

I. INTRODUCCIÓN

La cesión de derechos es uno de los medios que prevé el Código Civil para lograr el cambio de acreedor sin extinguir la relación jurídica original. La Ley la regula como contrato, por lo que su análisis será realizado conforme a este esquema.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

El Derecho Romano no permitió el cambio de acreedor por considerar la obligación un vínculo personalísimo.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló tanto la novación por cambio de acreedor como la cesión de derechos.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Al igual que su antecesor francés reguló la novación por cambio de acreedor y la cesión de derechos, ambas dentro del Título relativo a la extinción de las obligaciones.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Únicamente regula la cesión de derechos, a la que define como contrato (§398).

---

[1] *Cfr.* FLORIS MARGADANT, *op. cit.*, p. 329.

III. CONCEPTO DE CESIÓN DE DERECHOS

El Código Civil prevé el siguiente concepto de cesión de derechos:

> ART. 2029.—Habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor.

El artículo trascrito no define la cesión de derechos, sino que indica cuándo *habrá*. El concepto citado es suficientemente amplio para comprender cualquier cesión de créditos, incluida la verificada *mortis causa* o por subrogación.

Desde el punto de vista doctrinal la cesión de derechos es un contrato por el que una parte llamada cedente transmite a otra llamada cesionario un crédito.

A continuación desglosaremos el concepto propuesto.

- Contrato

La cesión de derechos es un contrato, un acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario que tiene por objeto la transmisión de un crédito. La naturaleza contractual de la cesión se desprende de diversas disposiciones que aluden a la intervención del cedente y del cesionario y a la posibilidad de que haya "pactos" o "estipulaciones" contrarios a lo que la Ley preceptúa.

- Cedente y Cesionario

El cedente es el titular del crédito objeto de la cesión. El cesionario es quien adquiere el crédito objeto de la cesión.

- Transmisión de un crédito

La transmisión de un crédito es el objeto principal de la cesión de derechos, aunque no necesariamente el único.

Solo los derechos de crédito pueden ser objeto de cesión de derechos, no así los reales,[2] que son objeto de contratos traslativos de dominio.[3] Lo anterior ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[4]

[2] Opinión en contrario es la de ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 543.

[3] Véase RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

[4] Tesis de rubro: "CESIÓN DE DERECHOS. ES UN CONTRATO SUBJETIVAMENTE VÁLIDO PARA ACREDITAR LA POSESIÓN CON JUSTO TÍTULO PARA EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE MÉXICO ABROGADA)", Registro No. 168188, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XXIX, enero de 2009, Página: 109, Tesis: 1a./J. 89/2008, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

No obstante lo afirmado en los párrafos que anteceden, debemos mencionar que la transmisión de créditos asegurados con derechos reales de garantía sí se realiza por medio de la cesión de derechos, como veremos más adelante.

IV. RÉGIMEN NORMATIVO DE LA CESIÓN DE DERECHOS

La cesión de derechos es un contrato cuyo régimen normativo está construido de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 2031.—En la cesión de crédito se observarán las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieren modificadas en este Capítulo.

Conforme al numeral trascrito las reglas aplicables a la cesión de derechos pueden emanar de dos fuentes: de la regulación correspondiente "al acto jurídico que le dé origen" y de la contenida en el Capítulo materia de estudio. La Ley da preeminencia a la segunda fuente sobre la primera.

La primera fuente normativa pone en duda el carácter autónomo de la cesión de derechos. Pareciere que no es la cesión la que transfiere el crédito, sino otro acto jurídico "que le da origen". Lo anterior ha llevado a algunos autores a atribuir carácter variable[5] o cambiante a la cesión de derechos.[6]

Disentimos del criterio anotado, ya que consideramos que la cesión de derechos es un contrato autónomo que goza de esencia propia. Lo que origina la transmisión de derechos no es un acto distinto de la cesión —como una compraventa, una permuta o una donación—, sino la cesión misma. Su régimen normativo debe conformarse con las disposiciones del acto jurídico con el que guarde *más semejanza*, no con las de aquél *"que le dé origen"*.

Verbigracia, si el cedente percibe dinero a cambio de su crédito deberán aplicarse las normas de compraventa, si percibe un bien distinto del dinero deberán observarse las de permuta, si actúa a título de liberalidad regirán las de donación, sin que en ningún caso haya compraventa, permuta o donación, respectivamente, sino que habrá cesión de derechos onerosa o gratuita, según corresponda.[7]

En suma: la cesión de derechos se rige en primer lugar por la voluntad de las partes, en segundo lugar por las disposiciones previstas en el Capítulo que

[5] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 576; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, pp. 541 y 542.

[6] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 389.

[7] En igual sentido se pronuncia GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 867.

el Código Civil le dedica y en tercer lugar por las del acto jurídico con el que tenga más analogía.

V. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ

A. Elementos esenciales

a) CONSENTIMIENTO

Para que haya consentimiento basta con que cedente y cesionario manifiesten su voluntad expresa o tácitamente, conforme a lo explicado en el capítulo octavo de este libro.

La manifestación de voluntad del deudor no es necesaria para que haya cesión de derechos:[8]

> ART. 2030.—El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor...

La regla trascrita constituye una excepción al principio de intangibilidad de los contratos, ya que autoriza al acreedor a modificarlo unilateralmente haciéndose sustituir por un tercero.

b) OBJETO

En el presente inciso nos ocuparemos exclusivamente del objeto común a todas las cesiones de derechos: la transmisión de un crédito.

1. *Créditos que pueden ser objeto de cesión*

Por regla general cualquier crédito puede ser transferido por medio de cesión de derechos. La Ley prevé tres excepciones a esta regla:

> ART. 2030.—El acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no le permita la naturaleza del derecho...

Las excepciones a la transmisibilidad de los créditos por cesión son: que la Ley la prohíba, que la naturaleza del crédito la impida o que las partes la acuerden.

[8] Aunque el consentimiento del deudor no es necesario para que haya cesión, su aceptación u oposición puede ser relevante para efectos de la compensación que puede oponer al cesionario y de la notificación que debe realizar éste, de acuerdo con lo que estudiaremos en páginas siguientes.

■ Intransmisibilidad por disposición de Ley

Existen diversas disposiciones legales que prohíben la cesión de créditos específicos (por ejemplo, artículos 1915 y 2308).

■ Intransmisibilidad por naturaleza del crédito

La naturaleza del crédito también puede imposibilitar su cesión. Von Thur afirma que esto tiene lugar en dos supuestos: "No hay lugar a la cesión por virtud de la naturaleza de la relación jurídica —explica— cuando no sea posible hacer efectiva la prestación al cesionario sin alteración de su contenido o cuando la cesión pueda frustrar o poner en peligro la finalidad del crédito".[9]

Como ejemplo del primer supuesto puede citarse la cesión de un crédito cuyo objeto sea restaurar una obra de arte propiedad del cedente, ya que de ser cedido tendría que cumplirse sobre una obra distinta. Como ejemplos del segundo supuesto Von Thur[10] cita la cesión del crédito que tiene uno de los cónyuges para hacer contribuir al otro con los gastos del hogar (artículo 164), el derecho a la rendición de cuentas y el derecho de los socios a inspeccionar los libros sociales (artículo 2710).

■ Intransmisibilidad por acuerdo de las partes

Los créditos también pueden ser intransmisibles por acuerdo de las partes:

> ART. 2030.—...
> El deudor no puede alegar contra el tercero que el derecho no podía cederse porque así se había convenido, cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho.

Para que la intransmisibilidad sea oponible al cesionario es necesario que conste en el título constitutivo del crédito.

2. *Legitimación*

Para celebrar la cesión de derechos no basta con tener capacidad de goce sino que también hay que estar legitimado.

■ Legitimación para ser cedente

Para celebrar el contrato de cesión de derechos en carácter de cedente es necesario contar con legitimación ordinaria o extraordinaria. Tiene legitimación ordinaria el titular del crédito objeto de la cesión. Tienen legitimación ex-

[9] VON THUR, t. 2, *op. cit.*, p. 299.
[10] *Ibid.*, pp. 299 y 300.

traordinaria las personas autorizadas por el titular del crédito[11] o por la Ley[12] para disponer de él. La falta de legitimación del cedente tiene como consecuencia que no haya cesión de derechos.

- Legitimación para ser cesionario

Para ser cesionario basta con no ubicarse en un supuesto de prohibición previsto por la Ley.[13] La falta de legitimación del cesionario debería ocasionar que no haya cesión de derechos, aunque en la práctica debe observarse la sanción que prevea la Ley para el caso concreto.

B. Elementos de validez

La capacidad de ejercicio, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin se rigen conforme a las reglas generales que fueron comentadas en capítulos anteriores.

En el presente apartado analizaremos exclusivamente los requisitos especiales de forma y de oponibilidad que prevé el Código Civil.

a) FORMA

La cesión de derechos es un contrato formal de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 2033.—La cesión de créditos civiles que no sean a la orden o al portador, puede hacerse en escrito privado que firmarán cedente, cesionario y dos testigos. Sólo cuando la ley exija que el título del crédito cedido conste en escritura pública, la cesión deberá hacerse en esta clase de documento.

El numeral trascrito solo es aplicable a la cesión de créditos que no estén incorporados en documentos civiles a la orden o al portador, ya que éstos se transmiten por endoso o por entrega.

La primera parte del artículo citado exige dos requisitos de forma para la celebración del contrato: que conste por escrito y que sea otorgado ante dos testigos. Su redacción debe criticarse, ya que emplea el término "puede" en lugar de "debe", siendo que el cumplimiento de requisitos de forma es obligatorio y no opcional (artículo 1832).

La segunda parte del artículo 2033 dispone en qué supuesto la cesión deberá hacerse constar en escritura pública: "sólo cuando la ley exija que el título

[11] Como el mandatario.

[12] Como los representantes legales de menores e incapaces o como un Juez en ejecución de un contrato de promesa de contratar.

[13] Como ejemplos véanse artículos 569 y 2276.

del crédito cedido conste en escritura pública". Por "título del crédito cedido" entendemos la fuente del derecho objeto de la cesión.[14] Consecuentemente, la cesión deberá consignarse en escritura pública si el contrato que dio lugar al crédito debió hacerse constar en una.[15]

b) OPONIBILIDAD

A continuación distinguiremos los requisitos que deben cumplirse para que la cesión de derechos sea oponible frente al deudor, frente a otros cesionarios y frente a terceros en general.

1. Requisitos de oponibilidad frente al deudor

Para que la cesión de derechos surta efectos contra el deudor debe serle notificada por el cesionario:

> ART. 2036.—En los casos a que se refiere el artículo 2033, para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario.

Para pedir o hacer la notificación el cesionario debe acreditar su carácter exhibiendo alguno de los documentos siguientes:

> ART. 2037.—Sólo tienen derecho para pedir o hacer la notificación, el acreedor que presente el título justificativo del crédito, o el de la cesión, cuando aquél no sea necesario.

En nuestra opinión el legislador debió exigir la presentación del documento en que fue consignada la cesión en todos los casos, independientemente de que se tenga o no el título justificativo del crédito.

El Código Civil establece que la notificación se tendrá por realizada en los siguientes supuestos:

> ART. 2038.—Si el deudor está presente a la cesión y no se opone a ella, o si estando ausente la ha aceptado, y esto se prueba, se tendrá por hecha la notificación.

Conforme a la disposición trascrita la notificación se tiene por hecha en dos hipótesis: cuando el deudor haya estado presente en la cesión y no se haya

[14] El Código Civil utiliza la palabra título como sinónimo de fuente o causa en diversas disposiciones. Sirva de ejemplo la siguiente:

"ART. 806—...

Entiéndase por título la causa generadora de la posesión."

[15] Es criticable que para ceder un crédito deba observarse la forma necesaria para crearlo.

opuesto a ella o cuando estando "ausente" la haya aceptado.[16] A nuestro juicio la primera hipótesis es equivocada, ya que debe tenerse por notificado al deudor que haya estado presente en la cesión independientemente de si se opuso o no a ella. La finalidad de la notificación es ponerlo en conocimiento del cambio de acreedor, lo que acontece plenamente en ambos supuestos.

La falta de notificación tiene como consecuencia que el deudor pueda liberarse de su obligación pagando al cedente:

> ART. 2040.—Mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libra pagando al acreedor primitivo.

En caso de que el cedente reciba el pago, consideramos que el cesionario podrá repetir en su contra por medio de una acción de enriquecimiento ilegítimo.

El deudor que ha recibido la notificación solo puede liberarse de su obligación pagando al cesionario:

> ART. 2041.—Hecha la notificación, no se libra el deudor sino pagando al cesionario.

2. *Requisitos de oponibilidad frente a otros cesionarios*

El acreedor de un crédito solo puede cederlo una vez. Si dolosa o culposamente lo intenta transmitir dos o más veces, en la segunda y ulteriores no debería haber cesión por falta de legitimación, que a su vez ocasionaría la falta de objeto. Sin embargo, en este caso el legislador atenuó el rigor de la teoría de las ineficacias y concedió existencia y oponibilidad a la cesión que primero sea notificada al deudor:

> ART. 2039.—Si el crédito se ha cedido a varios cesionarios, tiene preferencia el que primero ha notificado la cesión al deudor, salvo lo dispuesto para títulos que deban registrarse.

La norma citada es congruente con el criterio que la Ley sigue respecto de otros contratos (artículos 2264, 2265, 2266 y 2446).

3. *Requisitos de oponibilidad frente a terceros en general*

Para que la cesión de derechos surta efectos contra terceros distintos del deudor y de otros cesionarios es necesario que tenga fecha cierta:

[16] La palabra "ausente" debe entenderse como sinónimo de "no presente" y no en su sentido técnico, es decir, como la persona física de cuya existencia se duda por la falta prolongada de noticias (arts. 648 y ss.).

> ART. 2034.—La cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, no produce efectos contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, conforme a las reglas siguientes:
>
> I. Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción, en el Registro Público de la Propiedad;
>
> II. Si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento;
>
> III. Si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público; desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio.

En febrero de 2010 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que basta con que un fedatario público expida copia certificada del documento privado en que conste la cesión de derechos para que adquiera fecha cierta y sea oponible contra terceros en general.[17]

VI. EFECTOS JURÍDICOS

A continuación estudiaremos los efectos jurídicos de la cesión de derechos distinguiendo entre los que se producen entre cedente y cesionario, entre cesionario y deudor, entre cedente y deudor y con relación a terceros.

A. EFECTOS JURÍDICOS ENTRE CEDENTE Y CESIONARIO

a) TRANSMISIÓN DEL CRÉDITO EN FAVOR DEL CESIONARIO

El efecto principal de la cesión de derechos entre cedente y cesionario es la transmisión del crédito del primero al segundo.

La Ley delimita la extensión de lo cedido en el siguiente artículo:

> ART. 2032.—La cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente.
>
> Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal.

La disposición trascrita constituye una aplicación del principio "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

[17] Tesis de rubro: "DOCUMENTO PRIVADO. LA COPIA CERTIFICADA POR FEDATARIO PÚBLICO LO HACE DE FECHA CIERTA A PARTIR DE QUE LO TUVO A LA VISTA PARA SU REPRODUCCIÓN Y, ÚNICAMENTE, PARA EL EFECTO DE HACER CONSTAR QUE EXISTÍA EN ESE MOMENTO", Registro No. 164080, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XXXII, agosto de 2010, Página: 314, Tesis: 1a./J. 33/2010, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

b) OBLIGACIÓN DEL CEDENTE DE GARANTIR LA EXISTENCIA O LEGITIMIDAD DEL CRÉDITO

El cedente tiene obligación de garantizar la existencia o legitimidad del crédito de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 2042.—El cedente está obligado a garantizar la existencia o legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso.

Borja Soriano, siguiendo a Baudry-Lacantinerie y a Saignat, señala que la obligación de garantizar la existencia o legitimidad del crédito comprende cuatro elementos: 1. Que el crédito existía al momento de la cesión; 2. Que el cedente era titular del crédito; 3. Que la fuente que dio lugar al crédito no padece vicio alguno que pudiera afectarlo; y 4. Que el cedente no transfirió potestad alguna sobre el crédito que pudiera desvirtuar su total transmisión al cesionario.[18]

En caso de incumplimiento el cedente deberá prestar el saneamiento para el caso de evicción, que será estudiado en capítulos siguientes.

La Ley exime al cedente de garantizar la existencia o legitimidad del crédito en tres supuestos, que admiten pacto en contrario:

El primero, cuando hubiere cedido el crédito con carácter dudoso, según la parte final del artículo 2042. El crédito es cedido con carácter dudoso cuando el cedente manifiesta al cesionario que no está en aptitud de satisfacer alguno o algunos de los cuatro elementos antes enunciados y éste asume los riesgos de la adquisición.[19]

El segundo, cuando la cesión se realiza a título gratuito:

> ART. 2050.—Si la cesión fuere gratuita, el cedente no será responsable para con el cesionario, ni por la existencia del crédito, ni por la solvencia del deudor.

El tercero, cuando el cedente transmite simultáneamente la totalidad de un conjunto de derechos, en cuyo caso solo debe responder por la legitimidad del todo o de la mayor parte:

> ART. 2046.—El que cede alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, cumple con responder de la legitimidad del todo en general; pero no está

[18] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 580.

[19] GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal —Comentado*, t. IV, Libro Cuarto-Primera Parte, 2ª ed., IIJ, UNAM, México, 1993, p. 157.

> obligado al saneamiento de cada una de las partes, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte.

c) OBLIGACIÓN DEL CEDENTE DE GARANTIR LA SOLVENCIA DEL DEUDOR

En esta materia opera un principio inverso al estudiado en el inciso que antecede: por regla general el cedente *no* está obligado a garantizar la solvencia del deudor. Las excepciones son tres: que transmita documentos civiles a la orden, que las partes lo acuerden o que la insolvencia del deudor sea pública y anterior a la cesión:

> ART. 2043.—Con excepción de los títulos a la orden, el cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, a no ser que se haya estipulado expresamente o que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión.

Con relación a la transmisión de documentos civiles a la orden remitimos a lo comentado en el capítulo décimo octavo. Que la obligación de mérito pueda surgir por acuerdo de las partes es consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, por lo que no era necesaria una disposición que lo permitiera.

La Ley establece durante cuánto tiempo debe garantir el cedente la solvencia del deudor:

> ART. 2044.—Si el cedente se hubiere hecho responsable de la solvencia del deudor, y no se fijare el tiempo que esta responsabilidad deba durar, se limitará a un año, contado desde la fecha en que la deuda fuere exigible, si estuviere vencida, si no lo estuviere, se contará desde la fecha del vencimiento.

Conforme al artículo trascrito la duración de la responsabilidad del cedente debe ser acordada por las partes. A falta de pacto será responsable por un año *contado a partir de la fecha en que el crédito cedido fue exigible.*

Cuando el crédito cedido consiste en una "renta perpetua" es aplicable una regla distinta:

> ART. 2045.—Si el crédito cedido consiste en una renta perpetua, la responsabilidad por la solvencia del deudor se extingue a los cinco años, contados desde la fecha de la cesión.

En la hipótesis indicada el cedente responde durante cinco años *contados desde la fecha de la cesión.* Debe criticarse el uso de la expresión "renta perpetua", ya que la Ley no prevé figura alguna que dé lugar a ella. El legislador debió referirse a la "renta vitalicia", cuya duración se limita al tiempo que vive una persona.

Debe recordarse que conforme al artículo 2050 antes trascrito el cedente no responde de la insolvencia del deudor si la cesión se celebra a título gratuito, salvo convenio en contrario.

B. Efectos jurídicos entre cesionario y deudor

Una vez que el cesionario notifica la cesión al deudor ocupa frente a él la posición que guardaba el acreedor primitivo. Consecuentemente, estará facultado a lo mismo y estará expuesto a las mismas excepciones.

El Código Civil prevé lo siguiente sobre las excepciones que puede oponer el deudor:

> Art. 2035.—Cuando no se trate de títulos a la orden o al portador, el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente en el momento en que se hace la cesión.
>
> Si tiene contra el cedente un crédito todavía no exigible cuando se hace la cesión, podrá invocar la compensación con tal que su crédito no sea exigible después de que lo sea el cedido.

El primer párrafo del artículo trascrito establece una regla general: el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente *al momento de la cesión.*

El segundo párrafo del artículo 2035 establece una regla especial en materia de compensación: el deudor puede invocar la de los créditos no exigibles que tenía contra el cedente al momento de la cesión siempre que sean exigibles antes que la obligación cedida.[20]

En el Capítulo que el Código Civil destina a la compensación prevé reglas adicionales sobre sus efectos en la cesión de créditos. El legislador distinguió entre si el deudor tuvo o no conocimiento de la cesión y, en el primer supuesto, si consintió o no en ella.

Si el deudor tuvo conocimiento de la cesión y la aceptó es aplicable lo siguiente:

> Art. 2201.—El deudor que hubiere consentido la cesión hecha por el acreedor en favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que podría oponer al cedente.

[20] Por ejemplo, supóngase que Juan es acreedor de Pedro por cien mil pesos pagaderos el primero de marzo y que Pedro es acreedor de Juan por diez mil pesos pagaderos el primero de febrero. Si Juan cede el crédito que tiene contra Pedro éste podrá invocar la compensación contra el cesionario, a fin de pagar solo noventa mil pesos, toda vez que su crédito es exigible antes que la obligación cedida.

Conforme al numeral citado el deudor que consiente la cesión pierde la facultad de oponer al cesionario la compensación que podía hacer valer contra el cedente. En nuestra opinión esta norma carece de sentido, ya que si al efectuarse la "cesión" el crédito "cedido" era compensable debió extinguirse o reducirse por ministerio de Ley (artículo 2186), por lo que el "cedente" no transfirió derecho alguno o transmitió uno de menor cuantía.

Si el deudor tuvo conocimiento de la cesión y se opuso a ella debe observarse lo siguiente:

> Art. 2202.—Si el acreedor dio conocimiento de la cesión al deudor, y éste no consintió en ella, podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviere contra el cedente y que fueren anteriores a la cesión.

El artículo trascrito reitera lo preceptuado por el primer párrafo del artículo 2035, por lo que debería derogarse.

Si la cesión tuvo lugar sin conocimiento del deudor rige lo siguiente:

> Art. 2203.—Si la cesión se realizare sin consentimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella, y la de los posteriores, hasta la fecha en que hubiere tenido conocimiento de la cesión.

La norma trascrita constituye regla especial al artículo 2035, ya que autoriza al deudor a oponer la compensación de créditos anteriores y posteriores a la cesión, hasta el momento que tenga conocimiento de ella.

C. Efectos jurídicos entre cedente y deudor

Debe distinguirse la situación que guardan cedente y deudor antes y después de que la cesión de derechos sea notificada a éste por el cesionario.

Antes de la notificación la cesión de derechos no produce efectos entre cedente y deudor, por lo que el primero puede exigir el cumplimiento del crédito —sin perjuicio de que el cesionario pueda reclamar al cedente el importe de lo que reciba— y el segundo debe pagárselo.

Después de la notificación la cesión surtirá efectos contra el deudor, por lo que el cedente no podrá exigirle el cumplimiento del crédito y aquél solo podrá pagarlo al cesionario o a la persona que éste designe.

D. Efectos jurídicos con relación a tercero

Los efectos jurídicos de la cesión de derechos son oponibles frente a tercero de buena fe hasta que el contrato tenga fecha cierta, conforme a lo comentado anteriormente. Antes de ese momento el crédito sirve de "garantía" a los acreedores del cedente (artículo 2964), no a los del cesionario.

VII. CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

El Código Civil destina tres artículos a la cesión de derechos hereditarios:

ART. 2047.—El que cede su derecho a una herencia, sin enumerar las cosas de que ésta se compone, sólo está obligado a responder de su calidad de heredero.

ART. 2048.—Si el cedente se hubiere aprovechado de algunos frutos o percibido alguna cosa de la herencia que cediere, deberá abonarla al cesionario, si no se hubiere pactado lo contrario.

ART. 2049.—El cesionario debe, por su parte, satisfacer al cedente todo lo que haya pagado por las deudas o cargas de la herencia y sus propios créditos contra ella, salvo si hubiere pactado lo contrario.

Las normas trascritas fueron copiadas del Código Napoleón.[21] En nuestra opinión debieron preverse en el Libro Tercero del Código Civil y no en el Capítulo sobre la cesión de derechos. Su glosa corresponde a las obras de Derecho Sucesorio.

[21] Artículos 1696, 1697 y 1698.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO TERCERO

SUBROGACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La subrogación es un medio distinto a la cesión de derechos que permite lograr el cambio de acreedor sin extinguir la relación jurídica original. Para que se actualice es necesario que la persona *interesada* en adquirir un derecho ajeno realice la prestación debida al acreedor inicial.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La subrogación no fue conceptualizada como figura independiente.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló la subrogación dentro de la Sección relativa al pago, ubicada en el Capítulo sobre la extinción de las obligaciones.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Reguló la subrogación en el Título relativo a la extinción de las obligaciones.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

El legislador alemán concibió la subrogación como un tipo de "transmisión legal de créditos" y la sujetó a las normas sobre cesión de derechos (§412).

III. CONCEPTO DE SUBROGACIÓN

La palabra subrogación es sinónima de sustitución. Subrogar significa sustituir.

En el ámbito jurídico la subrogación es un género que comprende dos especies: la real y la personal.

La subrogación real es la sustitución de un bien por otro en una misma relación o régimen jurídico. Su estudio corresponde a la Teoría General de los Bienes.[1]

La subrogación personal es la sustitución del acreedor por ministerio de Ley por una persona que cumple lo adeudado con interés jurídico o que provee recursos al deudor para cumplirlo.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta:

- Sustitución del acreedor

La subrogación es una sustitución del acreedor. Como mencionamos en la introducción de este capítulo, es un medio distinto a la cesión de derechos para logar el cambio de sujeto activo sin extinguir la relación jurídica inicial.

La subrogación solo permite el cambio de acreedor, no así el de deudor, que de acuerdo con el Derecho Civil solo puede efectuarse por acto *inter vivos* a través de la cesión de deudas.

- Ministerio de Ley

La subrogación opera *ipso iure*, es decir, por ministerio de Ley. Basta con que se actualice cualquiera de las hipótesis normativas que la prevén para que tenga verificativo la sustitución de acreedor, sin que sea necesaria declaración alguna de los involucrados.

- Cumplimiento con interés jurídico

La primera hipótesis de subrogación consiste en que alguien cumpla lo adeudado con interés jurídico.

Los vocablos cumplimiento y pago suelen utilizarse indistintamente cuando en nuestra opinión no son sinónimos. "Cumplimiento" es un género que designa la satisfacción del interés original del acreedor. Este género tiene dos especies: el pago y el cumplimiento en sentido estricto. La diferencia entre ambas es que la primera da lugar a la extinción del crédito y la segunda lo satisface con la finalidad de subrogarse en él. En la subrogación hay cumplimiento, más no pago. Si hubiera pago el crédito se extinguiría y no podría ser transmitido.

El Código Civil dispone que el subrogado debe tener *interés jurídico* en el cumplimiento de la deuda, pero no aclara qué debe entenderse por este concepto. En nuestra opinión puede interpretarse en sentido estricto o en sentido amplio.

[1] Véase BONNECASE, *op. cit.*, pp. 293-308.

En sentido *estricto* el interés jurídico necesario para que haya subrogación se constriñe a la posibilidad de ser demandado por el acreedor, ya sea en carácter de deudor solidario, de fiador, o por otra causa.[2]

A nuestro juicio el interés jurídico en materia de subrogación debe conceptualizarse en términos *amplios*, como cualquier pretensión al cumplimiento de una obligación por resultar útil desde el punto de vista del Derecho. La definición propuesta comprende la situación de quienes están expuestos a la acción del acreedor y la de otros que, sin padecer esta exposición, encuentran *jurídicamente* conveniente el cumplimiento de la deuda.

- Provisión de recursos al deudor

La segunda hipótesis que da lugar a la subrogación es que un tercero preste fondos al deudor para cumplir la deuda.

IV. SUBROGACIÓN LEGAL

Los ordenamientos jurídicos que precedieron al Código Civil regularon dos tipos de subrogación: la legal y la convencional.

El legislador de 1928 suprimió toda referencia a la subrogación convencional y en el Capítulo destinado a esta forma de transmisión de derechos reguló únicamente hipótesis de subrogación legal. Consecuentemente, en el presente no hay más subrogación que la legal, por lo que no es necesario seguir añadiendo el calificativo "legal" a la palabra subrogación.

Sin embargo, debido a que algunos autores opinan que aún es posible celebrar la subrogación convencional, decidimos denominar este apartado "subrogación legal".

A. Supuestos de subrogación

a) Cumplimiento de la obligación con interés jurídico

Al analizar el concepto de subrogación mencionamos que la primera hipótesis cuya actualización la origina es que alguien cumpla la deuda con interés jurídico. Este supuesto se encuentra previsto por el siguiente numeral:

> ART. 2058.—La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:...
>
> II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;...

[2] Por ejemplo, por ser deudor subsidiario de la obligación alimentaria.

El artículo trascrito se integra por cuatro fracciones que aparentemente regulan hipótesis distintas. Sin embargo, consideramos que las fracciones primera, tercera y cuarta solo prevén manifestaciones concretas de la segunda.[3]

Enseguida comentaremos el resto de las fracciones del artículo 2058.

1. *Acreedor que paga a otro acreedor preferente*

El acreedor que paga a otro acreedor preferente se subroga en sus derechos de conformidad con lo siguiente:

> ART. 2058.—La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:
> I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;...

El acreedor cuyo crédito carece de privilegio o garantías puede encontrar útil cumplir y subrogarse en el del acreedor preferente cuando éste pretende exigirlo en un momento en que el remate de los bienes del deudor pudiera dar lugar a la obtención de ingresos mínimos.[4]

2. *Heredero que cumple una deuda hereditaria*

El heredero que utiliza bienes distintos de los que conforman la masa hereditaria para cumplir una deuda que yace en ella se subroga en los derechos del acreedor:

> ART. 2058.—La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:...
> III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;...

En la hipótesis de referencia el heredero que cumple también lo hace con interés jurídico. Además de estar expuesto a la acción del acreedor —hasta donde alcance el activo que integra la masa hereditaria—, le resulta jurídicamente conveniente satisfacer su interés a fin de no dilapidar los derechos hereditarios.

---

[3] En igual sentido ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 591. Las fracciones primera, tercera y cuarta del artículo 2058 podrían derogarse sin alterar de modo alguno los alcances de la subrogación. Sin embargo, su permanencia es útil porque ejemplifican lo que debe entenderse por "interés jurídico" para estos efectos.

[4] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 697. Cabe señalar que, en materia de hipoteca, la legislación adjetiva permite despachar ejecución a instancia de acreedores hipotecarios en segundo o ulterior lugar, lo que desvirtúa la finalidad perseguida por la legislación sustantiva (artículo 592 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

3. *Adquirente de un inmueble que cumple un crédito hipotecario*

El adquirente de un inmueble que cumple un crédito hipotecario anterior a la adquisición se subroga en los derechos del acreedor:

> ART. 2058.—La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:...
> IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

Es fácilmente apreciable la ventaja que reporta la subrogación al adquirente del inmueble, ya que le permite evitar el embargo y remate de lo adquirido y lo deja en aptitud de repetir contra el deudor.

El adquirente del inmueble se subroga tanto en el crédito como en los accesorios del acreedor.

b) PROVISIÓN DE RECURSOS AL DEUDOR

La persona que presta fondos al deudor para cumplir su obligación se subroga en los derechos del acreedor siempre que se observe lo siguiente:

> ART. 2059.—Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.

Conforme al artículo trascrito deben satisfacerse tres requisitos para que opere la subrogación:

El primero, que el deudor *cumpla* su obligación. Si el deudor utiliza el dinero para un fin distinto, aún cuando el prestamista lo hubiere entregado para que cumpla lo adeudado, no habrá subrogación.

El segundo, que el préstamo conste en *título auténtico*, es decir, en un documento pasado ante la fe de un fedatario público. Este requisito confiere fecha cierta al préstamo e impide que el deudor "reviva", en perjuicio de sus demás acreedores, créditos privilegiados extinguidos con anterioridad.

El tercero, que en el documento se haya hecho constar una *declaración* que indique que el dinero fue prestado para el cumplimiento de la deuda.

Debe destacarse que el supuesto objeto de estudio constituye también un caso de subrogación legal, ya que una vez satisfechos los requisitos anotados la transmisión del crédito opera "por ministerio de Ley".[5]

---

[5] ROJINA VILLEGAS, t. 2, *op. cit.*, p. 589.

B. Efectos de la subrogación

a) Efectos de la subrogación entre el acreedor original y el subrogado

1. *Transmisión de un crédito*

El efecto principal de la subrogación entre el acreedor original y el subrogado es la transmisión de un derecho de crédito del primero en favor del segundo.

- Extensión de lo transmitido

El crédito materia de la subrogación se transmite al subrogado con todos sus accesorios, sean garantías, privilegios o intereses. No existe un artículo que prevea esta regla expresamente, pero puede fundamentarse en los fines que persigue la subrogación legal, en el principio "lo accesorio sigue la suerte de lo principal" y en una interpretación analógica de las disposiciones sobre cesión de derechos.

- Subrogación parcial

La subrogación parcial solo puede tener lugar respecto de deudas divisibles:

> Art. 2060.—No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible.

El artículo trascrito es innecesario, ya que la subrogación siempre va precedida de un cumplimiento y no puede haber subrogación parcial si no puede haber cumplimiento parcial. Concluimos que debería derogarse.

En las obligaciones divisibles la subrogación parcial puede verificarse de dos maneras: la primera, que una persona cumpla parcialmente lo adeudado al acreedor sin que éste libere al deudor del resto de lo debido;[6] y, la segunda, que varias personas cumplan porciones distintas de un mismo crédito.[7]

En el segundo supuesto, es decir, si varias personas cumplen porciones distintas de un mismo crédito, es aplicable lo siguiente:

> Art. 2061.—El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata.

[6] Por ejemplo, supóngase que Javier es acreedor de Luis por cien mil pesos y que acepta un cumplimiento parcial de Juan por cincuenta mil, sin liberar a Luis del resto. En este caso Javier y Juan serán acreedores de Luis por cincuenta mil pesos cada uno.

[7] Por ejemplo, supóngase que Javier es acreedor de Luis por cien mil pesos y que acepta setenta mil pesos de Juan y treinta mil de Roberto. En este caso Juan y Roberto serán acreedores de Luis a razón de setenta mil pesos el primero y treinta mil el segundo.

El numeral trascrito no concede prelación a alguno de los subrogados, sino que ordena la satisfacción proporcional de sus créditos en caso de insolvencia del deudor.

2. *Existencia o legitimidad del crédito*

La Ley no obliga al subrogante a responder por la existencia o legitimidad del crédito transmitido al subrogado, como sí lo hace en materia de cesión de derechos. Sin embargo, consideramos que el último podrá repetir contra el primero a través de una acción de enriquecimiento ilegítimo si llega a declararse la ineficacia del acto que "dio lugar" al crédito "transmitido".

3. *Insolvencia del deudor*

La Ley tampoco impone al subrogante la obligación de responder por la insolvencia del deudor, por lo que solo la asumirá cuando la haya aceptado expresamente.

b) Efectos de la subrogación entre el subrogado y el deudor

El Código Civil no exige que el subrogado notifique al deudor la transmisión del crédito para poder demandar su cumplimiento. Esta omisión coloca al deudor en una situación desfavorable, ya que el acreedor primitivo pudiera requerir malintencionadamente el cumplimiento y el primero verse obligado a "pagar" dos veces.[8]

En lo relativo a las excepciones que puede oponer el deudor al subrogado pueden aplicarse por analogía las disposiciones estudiadas en materia de cesión de derechos.

c) Efectos de la subrogación con relación a terceros

La transmisión de un crédito por subrogación es oponible a terceros desde el momento en que se verifica, sin necesidad de que tenga fecha cierta, con excepción del supuesto previsto por el artículo 2059 anteriormente trascrito.

C. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y la subrogación

a) Semejanzas

La cesión de derechos y la subrogación comparten una nota común: ambas permiten el cambio de acreedor sin extinguir la relación jurídica ori-

[8] Sin perjuicio de que el deudor pueda repetir contra el acreedor primitivo.

ginal. Asimismo, ambas transfieren el crédito principal junto con todos sus accesorios.

b) DIFERENCIAS

Entre la cesión de derechos y la subrogación pueden anotarse las siguientes diferencias:

1. La cesión de derechos es un contrato. La subrogación es una consecuencia legal derivada del cumplimiento de una obligación.

2. La cesión de derechos requiere la voluntad del acreedor para operar, no así la subrogación.

3. La cesión de derechos debe hacerse constar en escrito privado otorgado ante dos testigos o en escritura pública. La subrogación no requiere la observancia de formalidades por regla general.

4. La cesión de derechos debe ser notificada al deudor para serle oponible. La subrogación no requiere notificación alguna.

5. La cesión de derechos debe tener fecha cierta para surtir efectos contra terceros. La subrogación surte efectos contra terceros sin necesidad de fecha cierta, con excepción del supuesto previsto por el artículo 2059.

6. La cesión de derechos transfiere la totalidad del crédito con independencia de la contraprestación que el acreedor pueda recibir por él. La subrogación transmite el crédito en la medida de lo efectivamente satisfecho por el subrogado.

7. El cedente debe responder por la insolvencia del deudor cuando sea pública y anterior a la cesión. El subrogante no responde por la insolvencia del deudor a menos que haya asumido voluntariamente esta responsabilidad.

V. SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

Un número importante de autores opina que la subrogación convencional puede celebrarse conforme al Derecho vigente.[9] Ésta podría tener lugar, por ejemplo, si un tercero cumple lo adeudado *sin interés jurídico*. Entre los argumentos que exponen para sostener su criterio destacan los dos siguientes:

El primero, que al no encontrarse prohibida por la Ley, la subrogación convencional puede celebrarse con base en el principio de autonomía de la voluntad.

[9] En favor de la subrogación convencional se pronuncian BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 595 y 596; ROJINA VILLEGAS, t. 2, *op. cit.*, pp. 594 y 595; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 400 y 401 y MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, pp. 378-381.

El segundo, que la Ley reconoce la posibilidad de su celebración en el siguiente artículo, interpretado *a contrario sensu*:

> ART. 2072.—El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha llegado a pronunciarse en favor de la subrogación convencional.[10]

Por nuestra parte disentimos de los autores citados y de la opinión sustentada por el Máximo Tribunal, ya que consideramos que no es posible la celebración de la subrogación convencional conforme al Derecho vigente.

Nuestro criterio se apoya en dos argumentos:

El primero, que la interpretación evolutiva de las normas que regulan la transmisión de derechos conduce a descartar la subrogación convencional. Si el legislador de 1928 la suprimió, apartándose de sus antecesores, debe interpretarse el cambio de manera que surta efectos.

El segundo, que las ventajas que pudiera ofrecer la subrogación convencional frente a la cesión de derechos[11] colocan en una situación desfavorable a quienes no participaron en ella. No deben "revivirse" figuras derogadas que ofrecen menos seguridad a terceros que las vigentes. Precisamente uno de los límites a la autonomía de la voluntad es el respeto a los derechos de tercero (artículo 6).

[10] Tesis de rubro: "SUBROGACIÓN CONVENCIONAL (LEGISLACIÓN DE JALISCO)", Registro No. 348052, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, LXXXVIII, Página: 1658, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[11] Principalmente que no deba notificarse al deudor y que no deba tener fecha cierta para surtir efectos contra terceros.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO CUARTO

CESIÓN DE DEUDAS

I. INTRODUCCIÓN

La cesión de deudas constituye la culminación de un proceso evolutivo del pensamiento jurídico: inició con la absoluta negación al cambio de sujetos por acto *inter vivos* en el Derecho Romano Clásico, avanzó con las figuras que permitieron el cambio de acreedor en el Derecho francés y continuó con el cambio de cualquiera de los sujetos en el Derecho alemán. De éste provienen la mayoría de las disposiciones que analizaremos en el presente capítulo.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

No permitió el cambio de deudor por acto *inter vivos* sin extinguir la relación jurídica original. Sin embargo, algunos de sus resultados prácticos llegaron a alcanzarse con la novación por cambio de deudor, con la *procuratio in rem suam* y con el *constitutum debiti alieni*.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

No previó disposición alguna sobre la transmisión de deudas por acto *inter vivos*. Sin embargo, algunos de los efectos del cambio de deudor pudieron conseguirse a través de la novación.[1]

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

No estableció reglas generales sobre la cesión de deudas.

---

[1] *Cfr.* BONNECASE, *op. cit.*, p. 897.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Fue el primer ordenamiento que previó reglas generales sobre la transmisión de deudas por acto *inter vivos*. El contrato que la origina se denomina asunción de deuda y opera de dos maneras: por acuerdo entre el acreedor y el deudor sustituto o mediante acuerdo entre el deudor sustituto y el primitivo sujeto a la ratificación del acreedor (párágrafos 414 y 415).

III. CONCEPTO DE CESIÓN DE DEUDAS

El Código Civil no prevé concepto alguno sobre la cesión de deudas y —a diferencia del ordenamiento germano— no indica entre quiénes y cómo puede celebrarse.

Doctrinalmente puede definirse como un negocio jurídico cuyo objeto principal es sustituir un deudor por otro. A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

■ Negocio jurídico

La cesión de deudas es un negocio jurídico,[2] lo que implica que requiere la voluntad de los interesados para surgir y que éstos pueden modular sus efectos mientras no contravengan el orden público ni derechos de terceros.

La vaguedad con que el legislador de 1928 reguló esta figura ha dado lugar a las más variadas opiniones acerca de su naturaleza y modos de celebración.[3] La Suprema Corte de Justicia de la Nación también se ha pronunciado sobre el tema y ha concluido que la cesión de deudas es un contrato celebrado entre deudor y tercero que requiere el *consentimiento* del acreedor.[4] Por nuestra parte consideramos que puede configurarse como un negocio celebrado entre acreedor y deudor sustituto o como uno celebrado entre acreedor, deudor sustituto y primitivo. En el primer supuesto será bilateral, en el segundo plurilateral.

La falta de precisión legislativa hace posibles ambas formas de celebración.[5]

[2] Véase capítulo quinto.

[3] *Cfr.* Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, p. 580; Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 891 y 892; Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 405; Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 368.

[4] Tesis de rubro: "Cesión de deudas, reglas para determinar la existencia del contrato de", Registro No. 353746, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, LXVIII, Página: 524, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[5] En sentido similar Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 601-604.

■ Objeto principal

La cesión de deudas tiene siempre el mismo objeto principal: sustituir un deudor por otro. Sin embargo, las partes pueden convenir objetos adicionales en ejercicio de su libertad de contratación, como una retribución al acreedor por consentir el cambio de deudor o una en favor del tercero por asumir una deuda ajena.

■ Sustituir un deudor por otro

La cesión de deudas permite sustituir un deudor por otro sin extinguir la relación jurídica original. Quien adquiere la deuda recibe el nombre de deudor sustituto, lo que permite distinguirlo del primitivo.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ

A. Elementos esenciales

a) Consentimiento

Para que haya cesión de deudas es necesario el consentimiento de los interesados.

La voluntad del acreedor es indispensable en todos los casos, independientemente de que la cesión se configure como negocio bilateral o plurilateral:

> Art. 2051.—Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente.

Como conductas que denotan el consentimiento tácito del acreedor la Ley enumera las siguientes:

> Art. 2052.—Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, cómo pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo.

El silencio del acreedor debe interpretarse como rechazo de acuerdo con lo siguiente:

> Art. 2054.—Cuando el deudor y el que pretenda substituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la substitución, pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa.

El artículo citado prevé una regla congruente con el principio consistente en que el silencio solo debe producir efectos cuando la Ley o las partes lo determinen.[6]

El requisito de voluntad del acreedor distingue la cesión de deudas de la de derechos, que no requiere la aceptación del deudor para perfeccionarse. La diferencia de régimen entre una y otra se encuentra plenamente justificada, ya que el deudor puede ser indiferente respecto de quién es su acreedor, pero el acreedor nunca lo será respecto de quién es su deudor.[7]

La voluntad del tercero o deudor sustituto también es necesaria en todos los casos, ya que se trata de la persona que asumirá la responsabilidad patrimonial que representa adquirir una deuda ajena.

La voluntad del deudor primitivo puede prescindirse cuando la cesión sea celebrada como negocio jurídico bilateral entre el acreedor y el tercero.[8] Sin embargo, cuando el acreedor o el deudor sustituto hayan de percibir alguna contraprestación a cargo del primitivo será indispensable la participación de éste.

b) OBJETO

Anteriormente indicamos que el objeto principal de la cesión de deudas es la sustitución de un deudor por otro, es decir, la transmisión de una obligación a un tercero. También mencionamos que las partes pueden convenir objetos adicionales, como una retribución en favor del acreedor o del deudor sustituto por consentir la cesión.

1. *Deudas que pueden ser objeto de cesión*

El Código Civil no prevé qué deudas pueden ser objeto de cesión, ni cuáles están excluidas de esta forma de transmisión. En nuestra opinión todas las deudas pueden cederse a menos que la Ley lo prohíba.[9]

2. *Legitimación*

Para celebrar la cesión de deudas no basta con tener capacidad de goce, sino que también debe estarse legitimado.

---

[6] Véase capítulo octavo.

[7] *Cfr.* RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, p. 212.

[8] Quienes consideran que el acreedor puede extinguir la deuda unilateralmente, deben reconocer por mayoría de razón que también puede admitir el cambio de sujeto pasivo sin necesidad de que el deudor lo consienta.

[9] VON THUR, t. 2, *op. cit.*, pp. 338 y 339. La Doctrina alemana admite la cesión de deudas "imperfectas", cuya eficacia contra el deudor sustituto es la que tenía contra el primitivo. También acepta la cesión de deudas futuras, cuya transmisión opera simultáneamente con su nacimiento. ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 410.

- Legitimación del acreedor

El acreedor, por el solo hecho de serlo, está legitimado ordinariamente para disponer de la deuda objeto de la cesión. De manera extraordinaria están legitimadas las personas autorizadas por él o por la Ley.

- Legitimación del deudor primitivo

El deudor primitivo no debe satisfacer requisitos de legitimación a menos que se obligue a retribuir al acreedor o al deudor sustituto con bienes individualizados o con servicios que requieran conocimientos especiales.

- Legitimación del deudor sustituto

El deudor sustituto deberá cumplir con requisitos de legitimación cuando la obligación a adquirir tenga por objeto conductas que recaigan sobre bienes individualizados[10] o servicios que requieran conocimientos especiales.[11]

B. ELEMENTOS DE VALIDEZ

La capacidad de ejercicio, la licitud en el objeto motivo o fin y la ausencia de vicios del consentimiento se rigen conforme a la Teoría General de las Obligaciones.

V. EFECTOS JURÍDICOS

A continuación desarrollaremos los efectos jurídicos de la cesión de deudas distinguiendo los que se producen entre deudor primitivo y deudor sustituto, entre deudor sustituto y acreedor, entre deudor primitivo y acreedor y con relación a terceros.

A. EFECTOS JURÍDICOS ENTRE DEUDOR PRIMITIVO Y DEUDOR SUSTITUTO

a) TRANSMISIÓN DE UNA DEUDA AL DEUDOR SUSTITUTO

El efecto principal de la cesión de deudas es la transmisión de una obligación del deudor primitivo al sustituto.

---

[10] Por ejemplo, la obligación de conceder el uso parcial de un inmueble solo puede transmitirse a quien sea cotitular del uso, como pudiera ser un copropietario.

[11] Por ejemplo, la obligación de prestar asesoría jurídica en un juicio solo puede transmitirse a quien se encuentre habilitado para desempeñar la profesión de abogado.

El deudor sustituto adquiere la deuda en el estado en que yacía en el patrimonio del primitivo:

> ART. 2055.—El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo...

Conforme a la norma citada el deudor sustituto queda obligado "en los términos en que lo estaba" el primitivo, lo que significa que la deuda es transferida con todos sus accesorios, sean garantías,[12] intereses, indemnizaciones por incumplimiento —incluyendo penas convencionales—, entre otros.[13]

b) DERECHO DEL DEUDOR SUSTITUTO A UNA CONTRAPRESTACIÓN

Las partes pueden convenir que el deudor sustituto reciba una contraprestación a cargo del primitivo por asumir su deuda, en cuyo caso deberán observarse las disposiciones que la rijan.

B. EFECTOS JURÍDICOS ENTRE DEUDOR SUSTITUTO Y ACREEDOR

Desde que se perfecciona la cesión el deudor sustituto asume la posición jurídica del primitivo, por lo que el acreedor puede exigirle el pago si la deuda es exigible.

Con relación a las excepciones que puede oponer el deudor sustituto es aplicable lo siguiente:

> ART. 2056.—El deudor sustituto puede oponer al acreedor las excepciones que se originen de la naturaleza de la deuda y las que le sean personales; pero no puede oponer las que sean personales del deudor primitivo.

El numeral citado permite al deudor sustituto oponer dos tipos de excepciones: las que se originen de la naturaleza de la deuda y las que le sean personales.

La primera categoría comprende las excepciones encaminadas a destruir la acción por causas que puede invocar cualquier interesado y que se relacionan con la formación o con la ejecución del negocio que originó la deuda o con su extinción. Ejemplos de estas excepciones son la de pago, la de nulidad absoluta, la de contrato no cumplido, la de prescripción, la de novación, entre otras.

La segunda categoría comprende las excepciones que buscan destruir la acción por causas que atañen exclusivamente al deudor sustituto y que solo éste puede invocar. Ejemplo de estas excepciones es la de compensación.

La parte final del artículo 2056 impide al deudor sustituto oponer las excepciones personales del primitivo, es decir, las que solo éste podía invocar. Ejemplos de estas excepciones son la de nulidad del negocio que originó la deuda por incapacidad de ejercicio o por vicios del consentimiento.[14]

C. EFECTOS JURÍDICOS ENTRE DEUDOR PRIMITIVO Y ACREEDOR

La cesión de deudas hace abandonar al deudor primitivo la relación jurídica sostenida con el acreedor, por lo que no podrá ser compelido por éste a pagar. Sin embargo, el primero puede resentir los efectos de la obligación cedida en tres escenarios: ante la insolvencia del deudor sustituto, ante su incumplimiento y ante la nulidad de la cesión.

a) INSOLVENCIA DEL DEUDOR SUSTITUTO

Por regla general el deudor primitivo no responde frente al acreedor por la insolvencia del sustituto:

> ART. 2053.—El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario.

El numeral trascrito solo responsabiliza al deudor primitivo por la insolvencia del sustituto cuando así lo haya aceptado.

b) INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR SUSTITUTO

El incumplimiento de la obligación asumida por el deudor sustituto puede afectar al primitivo cuando aquélla sea recíproca de un crédito a cargo del acreedor.

---

[12] Con relación a las garantías debe aclararse que las constituidas por terceros requieren su voluntad para subsistir, como veremos más adelante.

[13] VON THUR, t. 2, *op. cit.*, pp. 342 y 343.

[14] En igual sentido BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 517. En sentido opuesto Gutiérrez y González, quien considera que el deudor sustituto puede oponer la excepción de nulidad por vicios del consentimiento que hubiere sufrido el deudor primitivo al celebrar el negocio inicial, *op. cit.*, p. 1317.

Por ejemplo, supóngase que Hugo acuerda vender a Carlos un automóvil en cien mil pesos y posteriormente ambos convienen con Ramón que la deuda de pagar el precio le sea transferida. Piénsese que Carlos exige a Hugo la entrega del automóvil antes de que Ramón pague el precio. En esta hipótesis Hugo podrá oponer a Carlos la excepción de contrato no cumplido, lo que dará como resultado que el deudor primitivo resienta el incumplimiento del sustituto.[15]

c) NULIDAD DE LA CESIÓN

En caso de que la cesión sea declarada nula deberá observarse lo siguiente:

> ART. 2057.—Cuando se declara nula la sustitución de deudor, la antigua deuda renace con todos sus accesorios; pero con la reserva de derechos que pertenecen a tercero de buena fe.

La norma trascrita puede criticarse porque establece que la nulidad tiene como consecuencia que la deuda "renazca" con todos sus accesorios, siendo que la cesión transfiere las deudas y no las extingue. En otras palabras, no puede "renacer" una deuda que jamás se extinguió. La consecuencia, en su caso, debió ser la insubsistencia del cambio de deudor.[16]

D. EFECTOS JURÍDICOS CON RELACIÓN A TERCEROS

La cesión de deudas surte efectos contra terceros por su sola celebración, sin necesidad de satisfacer requisitos especiales de oponibilidad. Desde su perfeccionamiento los acreedores del deudor sustituto deberán soportar la existencia de un nuevo acreedor y los del deudor primitivo se verán beneficiados con la disminución de su pasivo.

El Código Civil prevé una regla especial con relación a las garantías que hubieren constituido terceros para seguridad de la obligación contraída por el deudor primitivo:

> ART. 2055.—El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo; *pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la substitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen.*

La disposición citada establece una excepción a la regla "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", al ordenar que las garantías otorgadas por terceros

[15] VON THUR, t. 2, *op. cit.*, p. 341, n. 4.

[16] Está crítica es compartida por BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 308; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 582; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 1319 y BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 409.

—accesorios— no se transmiten con la deuda cedida —principal— sin su consentimiento.

La excepción de que se trata posee una sólida *ratio iuris*: los terceros que prestan garantías en seguridad de deudas ajenas lo hacen en consideración a la persona del deudor, por lo que no son indiferentes a su sustitución. La transmisión de la deuda a una persona insolvente o deshonesta incrementa las probabilidades de que las garantías se hagan efectivas, lo que justifica la necesidad de que los terceros la consientan. La excepción no es aplicable cuando quien constituyó la garantía fue el deudor primitivo o el sustituto.[17]

VI. FIGURAS AFINES

La Doctrina enumera algunas figuras afines a la cesión de deudas cuyos conceptos conviene tener presentes a fin de no confundirlas con ésta.

1. *Novación por cambio de deudor.* Es el convenio celebrado entre el acreedor y el deudor sustituto o entre el acreedor, el deudor sustituto y el primitivo con la finalidad de extinguir una obligación y crear otra con diferente deudor. En el primer caso recibe el nombre de expromisión y en el segundo el de delegación.[18] Se diferencia de la cesión de deudas en que ésta no extingue la relación jurídica inicial.

2. *Asunción de cumplimiento.* Es el acuerdo celebrado entre el deudor y un tercero por el que éste se obliga con aquél a cumplir su obligación o a liberarlo de ella de cualquier otra manera. Se distingue de la cesión de deudas en que no modifica la relación jurídica sostenida con el acreedor ni genera derecho alguno en su favor.[19] En nuestra opinión también puede surgir como declaración unilateral de voluntad del tercero en favor del deudor.

3. *Asunción acumulativa o de refuerzo.* Es el acuerdo celebrado entre el acreedor y un tercero o entre el deudor y un tercero por el que éste se obliga a asumir la obligación en carácter de deudor solidario. Cuando es celebrada entre deudor y tercero constituye una estipulación a favor del acreedor.[20] Se diferencia de la cesión de deudas en que no libera al deudor original. En nuestra opinión también puede actualizarse como declaración unilateral de voluntad del tercero en favor del acreedor y del deudor.

[17] El legislador alemán radicalizó aún más la excepción al disponer que todas las garantías, y no solo las constituidas por terceros, se extinguen si su otorgante no consiente la asunción de deuda (§418).

[18] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 410.

[19] El Derecho suizo regula expresamente esta figura. VON THUR, t. 2, *op. cit.*, pp. 332 y 333.

[20] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 413.

4. *Fianza.* Es un contrato de garantía celebrado entre el acreedor y un tercero por el que éste se obliga a responder personalmente del incumplimiento de una deuda ajena. Se distingue de la cesión de deudas en que no libera al deudor original y en que el tercero solo se compromete a pagar la responsabilidad civil (*haftung*) y no el débito (*schuld*).[21]

[21] RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 386.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO QUINTO

CESIÓN DE CONTRATO

I. INTRODUCCIÓN

La cesión de contrato es una figura que carece de regulación general en el Código Civil y que ha sido poco explorada por la Doctrina nacional. Su celebración permite a una persona ser sustituida por otra en la totalidad de los derechos y obligaciones adquiridos por la celebración de un contrato.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los juristas romanos no conceptualizaron la cesión de contrato ni desarrollaron lineamientos generales sobre la figura.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

No previó una regulación general de la cesión de contrato, pero la admitió en casos específicos.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Al igual que su antecesor francés careció de una regulación general sobre la cesión de contrato.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Tampoco reguló la cesión de contrato como figura autónoma. Sin embargo, la Doctrina la ideó como una mezcla entre cesión de créditos y asunción de deudas.[1]

[1] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 384.

III. CONCEPTO DE CESIÓN DE CONTRATO

La cesión de contrato es un negocio jurídico plurilateral cuyo efecto principal es sustituir a una persona por otra en un contrato.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta:

- Negocio jurídico

La cesión de contrato es un negocio jurídico, ya que produce sus efectos precisamente por la voluntad de las partes y les permite modularlos siempre que no contravengan el orden público ni derechos de terceros.[2]

- Plurilateral

La cesión de contrato es un negocio jurídico plurilateral, lo que significa que en su celebración participan diversas personas y que cada una constituye un centro de interés distinto.

Las voluntades necesarias para que haya cesión de contrato cuando menos deben ser tres: la del cedente —la persona que va a ser sustituida—, la del cesionario —la persona que va a fungir como sustituto— y la de la contraparte.[3]

- Efecto principal

El efecto principal de la cesión de contrato es la sustitución de una persona por otra en un contrato, sin embargo, puede tener objetos adicionales como una retribución a alguna de las partes por prestar su consentimiento.

- Sustituir a una persona por otra en un contrato

Pueden asumirse dos opiniones sobre el tipo de contrato que puede ser objeto de cesión:

La primera, que solo es posible la cesión de contratos *bilaterales*. Este criterio se apoya en que los unilaterales solo generan derechos para una de las partes y obligaciones para la otra,[4] por lo que la sustitución de una u otra puede realizarse a través de la cesión de derechos o de la de deudas, respectivamente, sin necesidad de recurrir a la de contrato.

La segunda, que es posible tanto la cesión de contratos *bilaterales* como *unilaterales*. Este criterio se apoya en que los contratos unilaterales pueden ge-

[2] Véase capítulo quinto.

[3] Por ejemplo, la sustitución del comprador en un contrato de compraventa requiere la voluntad de éste —cedente—, del sustituto —cesionario— y del vendedor —contraparte—.

[4] "ART. 1835.—El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada."

nerar deberes[5] u obligaciones eventuales[6] a cargo de quien inicialmente no contrajo deuda alguna, por lo que la transmisión del carácter de *parte* comprende más que solo derechos o deudas.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO

A. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Código Civil no prevé una regulación general sobre la cesión de contrato. Consecuentemente, debe determinarse si puede celebrarse conforme al Derecho vigente y, en su caso, el régimen normativo a la que estará sujeta.

Respondemos afirmativamente a la primera interrogante: la cesión de contrato puede celebrarse conforme al Derecho vigente aunque el ordenamiento no la regule de manera general. Lo anterior se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, que permite a los particulares reglamentar y disponer de sus relaciones jurídicas sin más límites que el orden público y los derechos de tercero.[7]

Respecto al régimen normativo de la cesión de contrato pueden asumirse dos criterios: que estará sometida al de los contratos innominados o que lo estará al que resulte de conjugar y armonizar las disposiciones sobre cesión de derechos, sobre cesión de deudas y, en su caso, sobre el contrato traslativo de dominio de que se trate.[8]

A nuestro juicio la cesión de contrato es un negocio innominado y está sujeta a las reglas aplicables a esta clase de negocios. Sin embargo, dado que se trata de una opinión discutible y no existen criterios jurisprudenciales que la confirmen o refuten, consideramos *prudente* observar los siguientes lineamientos para su celebración:

1. Debe obtenerse el consentimiento de todas las partes involucradas en el contrato objeto de cesión y el de la persona que fungirá como cesionario.

[5] Como el contrato de donación, que genera a cargo del donatario un deber de gratitud especial. RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos..., op. cit.*, p. 105.

[6] Como el contrato de prestación de servicios profesionales gratuito, que puede generar a cargo del cliente la obligación de reembolsar las expensas en que haya incurrido el profesionista. *Ibid.*, p. 285

[7] "ART. 6.—La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."

[8] Las normas sobre cesión de derechos y sobre cesión de deudas son insuficientes para reglamentar la cesión de contratos traslativos de dominio, ya que ni las primeras ni las segundas regulan la transmisión de derechos reales principales.

2. Conviene celebrarlo por escrito y ante dos testigos y, cuando el contrato cedido se haya hecho constar en escritura pública, deberá observarse esta formalidad.

3. Conviene que el documento en que se haga constar tenga fecha cierta, a fin de asegurar su oponibilidad contra terceros.

4. Cuando un tercero haya constituido una garantía para responder del incumplimiento de las deudas de la parte que vaya a ser sustituida, deberá obtenerse su consentimiento a fin de que la garantía subsista con posterioridad a la cesión.

B. Derecho comparado

La cesión de contrato tampoco es regulada de manera general por el Código Civil alemán ni por el Código Civil español. Sin embargo, la Doctrina de ambos países admite que puede celebrarse con base en la libertad de contratación.[9]

El Código Civil italiano de 1942 fue el primero en destinar un Capítulo a la cesión de contrato, a la que concibió de la siguiente manera:

> Art. 1406.—Noción. Cada parte puede sustituirse a sí por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si no han sido ejecutadas, siempre que la otra parte lo consienta.

En el Capítulo respectivo el legislador italiano reguló la forma de la cesión y sus efectos entre cedente y cedido, entre cedido y cesionario y entre cedente y cesionario.

[9] Respecto al Derecho alemán véase Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 384. Con relación al Derecho español véase Castán Tobeñas, t. 3, pp. 340-342.

Capítulo Trigésimo Sexto

PAGO

I. Introducción

Las obligaciones nacen para ser cumplidas. El pago es el cumplimiento que extingue la relación obligatoria.

II. Antecedentes históricos

A. Derecho Romano

Los romanos utilizaron el término *solutio* para designar el cumplimiento de las obligaciones de *dare* y emplearon el vocablo *satisfactio* para nombrar genéricamente el cumplimiento de las de *facere*.[1]

B. Código Napoleón

Reguló el pago como la primera causa de extinción de las obligaciones (artículo 1234).

C. Código Civil de 1884

Siguió al ordenamiento francés y reguló el pago como la primera causa de extinción de las obligaciones.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Regula el pago en dos Secciones de su Libro Segundo. En una prevé un Título denominado "Deber de prestación" en el que reglamenta los sujetos, el

[1] D'Ors, *op. cit.*, p. 434.

objeto, el lugar y el tiempo del pago. En otra regula el pago como la primera causa de extinción de las obligaciones (párafrafo 362).

III. CONCEPTO DE PAGO

El Código Civil define el pago de la siguiente manera:

> ART. 2062.—Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.

El artículo trascrito puede criticarse cuando menos por dos razones: la primera, porque se refiere a la "cosa" en lugar de al "bien" debido;[2] y la segunda, porque no prevé la observancia de omisiones como objeto de cumplimiento.

Desde el punto de vista doctrinal el pago es el cumplimiento de la conducta de dar, de hacer o de no hacer objeto de la obligación que da lugar a su extinción.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Cumplimiento

El pago es una especie del género cumplimiento.

Anteriormente mencionamos que el cumplimiento es un género que designa la satisfacción del interés original del acreedor.[3] El género cumplimiento tiene dos especies: el pago y el cumplimiento en sentido estricto. La diferencia entre ambas es que la primera da lugar a la extinción de la obligación mientras que la segunda la satisface respecto del acreedor original sin extinguirla, haciendo posible su transmisión en los casos de subrogación.

- Conducta de dar, de hacer o de no hacer

El pago puede consistir en la ejecución de una conducta de dar, de hacer o de no hacer. Algunas de las reglas concernientes al pago varían dependiendo del tipo de conducta debida, como veremos más adelante.

- Objeto de la obligación

Para que haya pago es necesario que la conducta realizada sea la que constituye el objeto de la obligación. En caso de que el acreedor consienta en recibir una conducta distinta habrá dación en pago u otra figura, pero no pago.

[2] En otra ocasión mencionamos que la palabra cosa sirve para designar el elemento corporal que no se encuentra dentro de patrimonio alguno y el vocablo bien para nombrar lo que es susceptible de apropiación e integra el patrimonio de una persona. RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos..., op. cit.*, p. 26, n. 3.

[3] Véase capítulo trigésimo tercero.

- Da lugar a la extinción de la deuda

Es esencial al pago que extinga la obligación respectiva. Esta consecuencia justifica que los ordenamientos que precedieron al Código Civil lo hayan regulado dentro de las causas de extinción de las obligaciones.

La legislación vigente reglamenta el pago dentro del Título relativo a los efectos de las obligaciones, lo que también es correcto dado que el efecto natural de la obligación es su cumplimiento.

IV. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL PAGO

En este apartado responderemos a las preguntas ¿quién puede pagar? y ¿a quién puede hacerse el pago?

A. ¿QUIÉN PUEDE PAGAR?

En lo relativo a quién puede realizar el pago debe distinguirse si lo debido es una conducta de dar, de hacer o de no hacer.

a) CONDUCTAS DE DAR

Las conductas de dar pueden ser cumplidas por el deudor, por sí o a través de representante, o por un tercero:

> ART. 2065.—El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquiera otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

1. Pago por el deudor

El deudor es quien naturalmente está facultado a ejecutar el pago. No solo "puede" realizarlo, sino que también "debe" hacerlo.

2. Pago por el deudor a través de su representante

La obligación también puede ser pagada por el deudor a través de su representante, en cuyo caso se tendrá por cumplida como si aquél la hubiere satisfecho personalmente.[4]

Debe insistirse en que el pago no lo realiza el representante, sino el deudor por conducto suyo.

[4] Véase capítulo décimo cuarto.

3. *Pago por un tercero*

El cumplimiento también puede ser realizado por un tercero, ya sea que tenga o no interés jurídico en él. Cuando el tercero carece de interés jurídico puede obrar con el consentimiento del deudor, ignorándolo el deudor o en contra de la voluntad del deudor.

En todos los casos el acreedor estará obligado a recibir el pago:

> ART. 2072.—El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero...

Debe aclararse que las conductas de dar solo pueden cumplirse por terceros cuando recaen sobre bienes no individualizados.[5]

- *Cumplimiento* por un tercero con interés jurídico

El tercero que cumple la deuda con interés jurídico se subroga en los derechos del acreedor:

> ART. 2072.—El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059.

Los "casos previstos" por el artículo 2058 se refieren a terceros que cumplen la obligación con interés jurídico y fueron examinados en el capítulo trigésimo tercero de esta obra. La remisión al artículo 2059 es desafortunada, ya que regula una hipótesis de cumplimiento por el deudor y no por un tercero.

Debe recordarse que el tercero que satisface la deuda con interés jurídico la cumple pero no la paga, de acuerdo con lo explicado en el capítulo sobre subrogación y al comentar el concepto de pago.

- *Pago* por un tercero no interesado con el consentimiento del deudor

El pago puede ser realizado por un tercero no interesado que obre con el consentimiento del deudor:

> ART. 2066.—Puede también hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor.

En el supuesto a que se refiere el numeral trascrito deberán observarse las disposiciones que rigen el contrato de mandato:

> ART. 2069.—En el caso del artículo 2066, se observarán las disposiciones relativas al mandato.

[5] Como el dinero o animales designados solo por su género y especie.

- *Pago* por un tercero no interesado ignorándolo el deudor

La Ley permite a terceros carentes de interés jurídico realizar el pago aún sin que el deudor lo sepa:

> ART. 2067.—Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor.

En la hipótesis a que se refiere el artículo citado debe observarse lo siguiente:

> ART. 2070.—En el caso del artículo 2067, el que hizo el pago sólo tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consintió en recibir menor suma que la debida.

La norma trascrita faculta al tercero a repetir contra el deudor por lo efectivamente pagado. Si pagó la totalidad de la deuda podrá reclamar el todo, si pago una parte solo podrá exigir lo entregado.

- *Pago* por un tercero no interesado en contra de la voluntad del deudor

El pago también puede efectuarse por un tercero no interesado que obre contra la voluntad del deudor:

> ART. 2068.—Puede, por último, hacerse contra la voluntad del deudor.

En la hipótesis prevista por la norma anotada es aplicable lo siguiente:

> ART. 2071.—En el caso del artículo 2068, el que hizo el pago solamente tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago.

Conforme al numeral trascrito el tercero carente de interés jurídico que paga contra la voluntad del deudor solo puede exigir "aquello en que le hubiere sido útil el pago". La mayoría de las veces el tercero podrá exigir el reembolso de todo lo pagado, ya que comúnmente el pago beneficiará al deudor en la medida de lo ejecutado. Por ejemplo, si una persona debe cien mil pesos y otra los paga contra su voluntad, el primero resultará beneficiado en cien mil pesos, cantidad que deberá restituir a quien hizo el pago.

Es posible, sin embargo, que el pago no beneficie al deudor en la medida de lo prestado. Por ejemplo, supóngase que una persona se obliga a entregar un kilogramo de oro dentro de tres meses y se le faculta a liberarse de su deuda entregando veinte kilogramos de plata. Si en el transcurso de los tres meses el precio del oro se triplica y el de la plata se mantiene estable el deudor podrá elegir entregar esta última. Si en la hipótesis planteada un tercero entrega el oro contra la voluntad del deudor solo podrá repetir "aquello en que le hubiere

sido útil el pago". En nuestra opinión solo podrá exigir al deudor una cantidad de oro equivalente al precio de la plata que pudo haber entregado.

Consideramos que los artículos 2068 y 2071 también deberían derogarse ya que regulan un supuesto de gestión de negocios.

b) CONDUCTAS DE HACER

El Código Civil prevé lo siguiente acerca de quién puede cumplir una conducta de hacer:

> ART. 2064.—La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido, por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado, o cuando se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales.

La norma citada establece una regla general: las conductas de hacer pueden cumplirse tanto por el deudor como por un tercero. También prevé dos excepciones: las conductas de hacer solo pueden cumplirse por el deudor si media pacto expreso en este sentido o si se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales.

El artículo 2064 sirve de fundamento a las obligaciones *intuitu personae*, es decir, a las que se contraen con especial atención a la persona del deudor.

c) CONDUCTAS DE NO HACER

La Ley no prevé disposición alguna sobre quién puede cumplir las conductas de no hacer. En nuestra opinión solo pueden cumplirse por el deudor.

B. ¿A QUIÉN PUEDE HACERSE EL PAGO?

Para determinar a quién puede hacerse el pago debe distinguirse nuevamente si lo debido es una conducta de dar, de hacer o de no hacer.

a) CONDUCTAS DE DAR

Las conductas de dar pueden ser pagadas al acreedor, ya sea personalmente o través de su representante. Solo de manera excepcional pueden ser prestadas a un tercero.

1. *Pago al acreedor*

El pago debe hacerse al acreedor de conformidad con lo siguiente:

> ART. 2073.—El pago debe hacerse al mismo acreedor...

El acreedor es quien naturalmente está facultado a recibir el pago, por tratarse del sujeto activo de la relación jurídica.

2. Pago al acreedor a través de su representante

Las conductas de dar también pueden ser ejecutadas en favor del acreedor por conducto de su representante:

> ART. 2073.—El pago debe hacerse al mismo acreedor *o a su representante legítimo.*

El artículo trascrito distingue entre el pago hecho al acreedor o a su "representante legítimo", lo que es incorrecto, ya que en ambos casos a quien se paga es al acreedor.

El deudor puede elegir entre realizar la conducta de dar directamente al acreedor o hacerlo a través de su representante. Sin embargo, cuando el acreedor sea incapaz conviene pagar por conducto de su representante:

> ART. 2075.—El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad...

La norma citada supedita la validez del pago hecho personalmente al incapaz a la utilidad que le reporte, razón por la que es preferible pagarle por conducto de su representante legal.[6]

3. Pago a un tercero

El pago de conductas de dar puede realizarse a un tercero en cuatro supuestos: cuando lo hayan convenido las partes, cuando la Ley lo permita, cuando resulte de utilidad al acreedor y cuando se efectúe de buena fe al poseedor del crédito.

▪ Pago a un tercero por acuerdo de las partes

La conducta de dar puede prestarse a un tercero siempre que las partes lo convengan:

> ART. 2074.—El pago hecho a un tercero extinguirá la obligación, si así se hubiere estipulado o consentido por el acreedor...

---

[6] Por ejemplo, supóngase que lo debido son medicamentos que se entregan directamente a una persona declarada en estado de interdicción y que ésta los destruye o los tira. En este caso el pago no resultó de utilidad al acreedor, por lo que puede declararse inválido y sujetarse al deudor a efectuarlo nuevamente. Por el contrario, si el incapaz consume los medicamentos de acuerdo con lo prescrito por su médico el pago le resultará de utilidad y será válido conforme a la Ley.

El tercero que recibe el pago conforme al numeral trascrito lo hace en beneficio del acreedor y no en provecho propio,[7] lo que permite distinguirlo del beneficiario en la estipulación a favor de tercero —quien además es acreedor de la conducta debida y no tercero—.[8]

En nuestra opinión el tercero facultado para recibir el pago tiene la calidad jurídica de apoderado,[9] por lo que su designación y las obligaciones derivadas de la percepción del pago deben sujetarse a las reglas correspondientes.

Concluimos que el supuesto de referencia constituye un caso de pago al acreedor por conducto de su representante y no uno de pago a un tercero.

- Pago a un tercero por autorización de la Ley

El pago puede realizarse válidamente a un tercero si existe una disposición legal que lo autorice:

> ART. 2074.—El pago hecho a un tercero extinguirá la obligación, si así se hubiere estipulado o consentido por el acreedor, *y en los casos en que la ley lo determine expresamente.*

Por ejemplo, el deudor de un crédito que ha sido cedido puede pagar al acreedor primitivo —ahora tercero— siempre que no haya sido notificado de la cesión:

> ART. 2040.—Mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libra pagando al acreedor primitivo.

- Pago a un tercero por utilidad del acreedor

Las conductas de dar también pueden prestarse a un tercero cuando resulta de utilidad al acreedor:

> ART. 2075...
> También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor.

[7] Si el acreedor ordena al deudor que "pague" a un tercero quien, a su vez, es acreedor del primero, habrá mandato y no pago a un tercero. El deudor asume obligaciones que no contraería si el tercero hubiere de recibir el pago en provecho del acreedor, como rendir cuentas. Asimismo, el deudor que "paga" al tercero cumple en realidad con una obligación derivada del mandato y ejecuta una conducta a su acreedor.

[8] Véase capítulo décimo octavo.

[9] POTHIER, *op. cit.*, p. 334.

La regla trascrita proviene del Código Napoleón. En opinión de la Doctrina francesa es de utilidad al acreedor el pago realizado a su acreedor[10] o a una persona que puede transmitirle lo recibido.[11]

Se trata de un supuesto de pago a un tercero por autorización de la Ley.

- Pago a un tercero poseedor del crédito

El pago realizado de buena fe al poseedor del crédito extingue la deuda de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 2076.—El pago hecho de buena fe al que estuviese en posesión del crédito, liberará al deudor.

El artículo trascrito también proviene del Código Napoleón. Planiol y Ripert citan al heredero aparente como ejemplo de poseedor del crédito.[12] Otro ejemplo de poseedor del crédito es, a decir de los Tribunales, el "cesionario aparente" de él.[13]

Concluimos que la hipótesis prevista por el artículo 2076 también constituye un caso de pago a un tercero por autorización de la Ley.

b) CONDUCTAS DE HACER

Las normas estudiadas en el inciso que antecede, interpretadas literalmente, permitirían que el pago de conductas de hacer fuera realizado al acreedor, por sí o a través de su representante, o a un tercero.

En nuestra opinión las conductas de hacer que se ejecutan con bienes del acreedor siempre se realizan personalmente en favor suyo.[14]

Con relación a las conductas de hacer que recaen sobre la persona del acreedor[15] consideramos que, en principio, solo pueden ser prestadas a éste personalmente —aunque sea incapaz—. Estas conductas no deben prestársele por conducto de su representante, ya que podría frustrarse la finalidad del cré-

[10] POTHIER, *op. cit.*, p. 337.

[11] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 679.

[12] *Loc. cit.*

[13] Tesis de rubro: "CESIÓN DE DERECHOS. NULIDAD DE LA. EL DEUDOR CARECE DE INTERÉS PARA RECLAMARLA", Registro No. 171528, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XXVI, Septiembre de 2007, Página: 2491, Tesis: I.8o.C.280 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[14] Por ejemplo, la obligación de *hacer* una camisa con tela propiedad del acreedor siempre se cumple a éste independientemente de quién entregue la tela al camisero. Distinta es la obligación de *entregar* la camisa, que puede ser cumplida al acreedor por conducto de su representante.

[15] Como cortarle el cabello, enseñarle un idioma o practicarle un examen médico.

dito y resultar imposible la rendición de cuentas. Sin embargo, podrían ser prestadas a un tercero si la Ley lo autoriza.[16]

c) CONDUCTAS DE NO HACER

Las conductas de no hacer siempre se observan personalmente en favor del acreedor.

V. MANERA EN QUE DEBE REALIZARSE EL PAGO

En el Capítulo relativo al cumplimiento de las obligaciones el Código Civil regula tres aspectos sobre cómo debe efectuarse:[17] la indivisibilidad del pago, el cumplimiento contra recibo y el denominado "pago con cosa ajena".

A. INDIVISIBILIDAD DEL PAGO

Las obligaciones deben cumplirse por entero de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 2078.—El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley.
>
> Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.

El artículo trascrito comienza disponiendo que "el pago deberá hacerse del modo que se hubiere convenido", lo que confirma la autonomía de la voluntad. Posteriormente establece el principio de indivisibilidad del pago: "nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la Ley".

a) IMPORTANCIA DE LA INDIVISIBILIDAD DEL PAGO

El principio de invisibilidad del pago despliega su importancia en las deudas de solución divisible, ya que las indivisibles siempre deben pagarse por entero.

[16] Como ocurre con el pago al cedente del crédito antes de que la cesión sea notificada al deudor o con el realizado de buena fe al poseedor del crédito.

[17] Debe recordarse que en el Capítulo intitulado "De las obligaciones de dar" la Ley establece reglas adicionales sobre la manera en que deben cumplirse, como el principio de identidad del bien (artículo 2012), la entrega de los accesorios (artículo 2013) y la calidad de lo que debe entregarse (artículo 2016). El análisis correspondiente fue realizado en el capítulo tercero de este libro.

La indivisibilidad del pago resulta particularmente útil a acreedores de cantidades de dinero cuyos créditos están sujetos a término suspensivo establecido en favor del deudor. Supóngase que Luis debe diez mil pesos a Juan exigibles dentro de cien días y que el término fue pactado en favor de aquél. Aunque Luis esté facultado a cumplir anticipadamente, si decide hacerlo deberá entregar el importe *total* de lo adeudado y no pagos parciales. No podrá, por ejemplo, entregar cien pesos cada día, a menos que así se haya convenido expresamente.

b) EXCEPCIONES A LA INDIVISIBILIDAD DEL PAGO

Conforme al artículo 2078 antes trascrito, el pago de obligaciones divisibles puede realizarse fraccionadamente cuando los contratantes lo convengan expresamente o cuando la Ley lo autorice.

El segundo párrafo del numeral citado prevé una de las excepciones legales a la indivisibilidad: cuando la obligación tenga una parte liquida y otra ilíquida, podrá efectuarse el pago de la primera sin esperar la liquidez de la segunda.[18] Por ejemplo, si una persona debe indemnizar los daños y perjuicios infligidos a otra, es posible que la cuantía de los primeros sea determinada y la de los segundos determinable.

Otra excepción legal a la indivisibilidad se verifica cuando la deuda es transmitida a dos o más causahabientes, en cuyo caso cada uno deberá pagar la parte que le corresponda.[19]

B. CUMPLIMIENTO CONTRA RECIBO

Todo deudor tiene derecho a que se le entregue un documento que acredite el cumplimiento de su obligación:

> ART. 2088.—El deudor que paga tiene derecho de exigir el documento que acredite el pago y puede detener éste mientras que no le sea entregado.

El numeral trascrito confiere al deudor dos derechos: el de exigir la entrega del recibo y el de retener el pago mientras aquél no le sea entregado.

El derecho a exigir el recibo corresponde a todos los deudores, independientemente del tipo de conducta que deban ejecutar.

[18] "ART. 2189.—Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días."

[19] Véanse capítulos vigésimo noveno y trigésimo.

El derecho de retención, en principio, solo debe corresponder a los deudores de conductas de dar, ya que son las únicas que permiten que el cumplimiento y la entrega del recibo se verifiquen en un mismo acto.[20]

C. Pago con cosa ajena

La Ley prevé lo siguiente sobre el "pago con cosa ajena":

> Art. 2087.—No es válido el pago hecho con cosa ajena...

El "pago con cosa ajena" solo es posible tratándose de obligaciones de dar, ya que son las únicas que tienen por objeto "cosas".

Respecto a la posición del verdadero propietario frente al acreedor la Ley distingue el tipo de bien entregado.

Si lo entregado fueron bienes consumibles será aplicable lo siguiente:

> Art. 2087.—...si el pago se hubiere hecho con una cantidad de dinero u otra cosa fungible ajena, no habrá repetición contra el acreedor que lo haya consumido de buena fe.

La norma trascrita alude a una "cosa fungible ajena" que el acreedor "haya consumido de buena fe". La palabra "fungible" es utilizada en su sentido coloquial —equivalente a "consumible"[21] y no en su acepción jurídica— equivalente a "sustituible".[22] Conforme al numeral citado el propietario no puede repetir contra el acreedor que haya consumido los bienes de buena fe, por lo que solo podrá dirigir su acción contra el autor del "pago". A *contrario sensu*, podrá repetir contra el acreedor si no consumió los bienes o si los consumió de mala fe.

Si lo entregado fueron bienes no consumibles, el propietario podrá reivindicarlos del acreedor.[23]

Cabe señalar que si lo "adquirido" por el acreedor fueron muebles perdidos o robados obtenidos en almoneda o de un comerciante que se dedique a

[20] Por el contrario, el obligado a impartir una hora de clase no puede retener el pago por falta de entrega del recibo, dado que éste acredita el cumplimiento y en la hipótesis indicada aún no lo hay.

[21] El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra fungible como aquello "que se consume con el uso".

[22] "Art. 763.—Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad."

[23] Tratándose de bienes inmuebles la reivindicación no será posible si el acreedor los recibe de buena fe a título oneroso del titular registral e inscribe su título en el Registro Público de la Propiedad, ver artículos 3007 y 3009.

la venta de bienes de la misma especie en mercado público, el propietario no podrá reivindicarlos sin reembolsar al acreedor lo que pagó por ellos (artículo 799).

VI. Cuándo debe hacerse el pago

En este apartado estudiaremos el momento en que debe hacerse el pago distinguiendo entre las obligaciones sujetas a término y las que no lo están. Posteriormente comentaremos la retención del pago por orden judicial.

A. Momento en que debe hacerse el pago

a) Obligaciones sujetas a término

Las obligaciones sujetas a término deben pagarse el día que éste se cumple:

> Art. 2079.—El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa.

Si las partes indican el día en que debe cumplirse la obligación —por ejemplo, el 7 de marzo de 2013— el deudor deberá pagar precisamente el día señalado. Por el contrario, si las partes fijan el término en años, meses o días deberán observarse las reglas sobre cómputo del tiempo previstas en materia de prescripción.[24]

Cuando las partes sujetan la obligación a término no es necesario que el acreedor requiera al deudor para obtener el pago una vez llegado aquél, sino que el último debe obrar por iniciativa propia. Lo anterior se funda en el aforismo *dies interpellat pro homine* —el día interpela por el hombre—, reconocido por el artículo 2079. Sin embargo, cuando se conviene un término incierto cuyo cumplimiento no pueda ser conocido inmediatamente por el deudor —por ejemplo, la muerte de una persona—, consideramos que el pago deberá efectuarse tan pronto tenga conocimiento de su llegada.

La parte final del numeral 2079 dispone que el pago puede realizarse en un momento distinto al acordado si la Ley lo autoriza. Ejemplo de lo anterior es el vencimiento anticipado de las obligaciones del deudor declarado en concurso de acreedores.[25]

[24] Véase capítulo vigésimo sexto.

[25] "Art. 2966.—La declaración de concurso incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes, así como para cualquiera otra administración que por la ley le corresponda, *y hace que se venza el plazo de todas sus deudas...*"

Cuando el término es pactado en favor del acreedor o de ambas partes el primero estará en libertad de aceptar o de rechazar el pago anticipado que pretenda efectuar el deudor. Si decide aceptarlo no estará obligado a hacer descuentos:

> ART. 2081.—Si el deudor quisiere hacer pagos anticipados y el acreedor recibirlos, no podrá éste ser obligado a hacer descuentos.

A nuestro juicio el artículo trascrito es innecesario, ya que cualquier descuento requiere la voluntad expresa del acreedor.[26]

b) OBLIGACIONES NO SUJETAS A TÉRMINO

El Código Civil establece reglas distintas sobre cuándo deben pagarse las obligaciones no sujetas a término atendiendo al tipo de conducta debida.

1. *Obligaciones de dar*

Las obligaciones de dar no sujetas a término deben pagarse de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 2080.—Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos...

Conforme a la norma trascrita las obligaciones de dar no sujetas a término son exigibles después de los 30 días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial.

El plazo de 30 días que precede a la exigibilidad de la deuda corre a partir del día siguiente a la interpelación y no desde el día en que es efectuada, lo que se desprende de la frase "después de los treinta días siguientes".[27] La Ley no aclara si los días concedidos al deudor son hábiles o naturales; en nuestra opinión son naturales siguiendo el criterio señalado en el capítulo vigésimo sexto de este libro.[28]

[26] Artículos 6 y 7.

[27] Por ejemplo, si la interpelación se realiza el primero de enero el acreedor podrá exigir el pago después de que hayan transcurrido los 30 días que siguen a esta fecha, es decir, el primero de febrero.

[28] En contra se pronuncia el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que en la tesis aislada intitulada "PRESCRIPCION. EN LAS OBLIGACIONES DE DAR, NO PROCEDE CUANDO NO SE HA FIJADO FECHA PARA SU CUMPLIMIENTO NI EXISTE INTERPELACION JUDICIAL", con número de registro "199358", sostuvo que se trata de días hábiles. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*; 9ª época; V, febrero de 1997; Página: 778; Tesis: I.1o.C.16 C.

2. *Obligaciones de hacer*

Las obligaciones de hacer no sujetas a término deben cumplirse conforme a lo siguiente:

> ART. 2080.—...
> Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

El artículo trascrito establece dos reglas aparentemente incompatibles: dispone que las obligaciones de hacer deben cumplirse "cuando lo exija el acreedor", lo que es inmediatamente atemperado con la frase "siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación".

En realidad se trata de una misma regla: el momento en que deben cumplirse las obligaciones de hacer se determina por el requerimiento del acreedor aunado a que haya transcurrido el tiempo necesario para que el pago pueda verificarse. El deudor que es requerido antes de que transcurra "el tiempo necesario" no incurre en mora, tampoco el que no es requerido después de su transcurso.

El "tiempo necesario" que la Ley concede al deudor para cumplir le permite allegarse de recursos y hacer los preparativos necesarios.[29] En caso de controversia el juzgador determinará cuánto tiempo debe preceder al cumplimiento de conductas concretas de hacer.

3. *Obligaciones de no hacer*

El legislador no dispuso cuándo deben cumplirse las obligaciones de no hacer que carecen de término.

Consideramos que si la ejecución de la conducta que debe omitirse puede frustrar la finalidad del crédito la obligación de no hacer debe cumplirse tan pronto se contraiga. Por ejemplo, si se retribuye a una persona para que se abstenga de revelar alguna información deberá observar la omisión desde el momento que nace la deuda. De nada servirá al acreedor que el cumplimiento se inicie después de difundida la información.

[29] Por ejemplo, si se contrata a un abogado para que emita un dictamen sobre un asunto y no se indica el momento en que deberá presentarlo, es correcto que el cumplimiento deba efectuarse después de que transcurra un tiempo razonable que le permita estudiar los pormenores del caso sometido a su consulta.

En los demás casos estimamos aplicable lo previsto para las obligaciones de hacer. Por ejemplo, si una persona se obliga a no aparecer en anuncios publicitarios durante un mes y no se indica cuándo deberá iniciar el cumplimiento, es razonable concederle un tiempo para finalizar sus compromisos pendientes y comunicar a sus clientes su indisponibilidad por el tiempo indicado.

B. Retención judicial del pago

El deudor debe abstenerse de pagar la obligación cuando la autoridad judicial se lo ordene, no obstante sea exigible conforme a la Ley o conforme al acto que la originó:

> Art. 2077.—No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado judicialmente la retención de la deuda.

De acuerdo con la norma trascrita el deudor que incumple la determinación judicial efectúa un pago "inválido" y se expone a tener que "pagar" dos veces.

Los jueces no pueden dictar arbitrariamente la retención del pago, sino que deben fundar su decisión en un texto legal. Por ejemplo, en materia de depósito se les permite ordenar al depositario que se abstenga de devolver el bien si sabe que es robado y quién es su propietario (artículos 2523 y 2524).

VII. Lugar de pago

En este apartado analizaremos las reglas que prevé la Teoría General de las Obligaciones sobre el lugar en que debe hacerse el pago así como sobre los gastos de entrega.

Debe recordarse que las normas que comentaremos a continuación *son supletorias de la voluntad de las partes*, por lo que admiten pacto en contrario.

A. Reglas sobre dónde debe hacerse el pago

a) Regla general —pago en el domicilio del deudor

Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor:

> Art. 2082.—Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor...

b) Excepciones a la regla general

El artículo 2082 enuncia excepciones a la regla general establecida por él:

> Art. 2082.—Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, *salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley...*

Enseguida desarrollaremos las excepciones previstas por el numeral citado.

1. Lugar de pago convenido por las partes

El artículo 2082 prevé como excepción a que el pago deba realizarse en el domicilio del deudor que las partes hayan designado un lugar distinto, como pudiera ser el domicilio del acreedor o el de un tercero.

En realidad no se trata de una excepción sino de la verdadera regla general, atendiendo a que la suprema Ley de los contratos es la voluntad de las partes. Consecuentemente, el numeral de referencia debería reformarse a fin de disponer que el pago debe realizarse en el lugar convenido por las partes y, a falta de pacto, en alguno de los lugares que el mismo prevé.

Cuando las partes designan más de un lugar en que pueda cumplirse la obligación corresponderá al acreedor hacer la selección definitiva:

> Art. 2082.—...
> Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos.

A nuestro juicio, mientras el acreedor no informe al deudor el lugar en que deberá hacer el pago éste no incurrirá en mora aunque se cumpla el término fijado a la obligación.

2. Lugar de pago derivado de las circunstancias

El pago debe ejecutarse en lugar distinto al domicilio del deudor cuando ello se desprenda *de las circunstancias.*

Por ejemplo, si una persona moral dedicada a la enseñanza contrata a un profesor para impartir un curso es de esperarse que las clases se impartan en las instalaciones de la primera y no en el domicilio del segundo, aunque no se convenga expresamente. Lo anterior se funda en la *circunstancia* de que el solicitante de los servicios tenga la calidad mencionada. Por el contrario, si la que contrata al profesor es una persona física que desea recibir clases particulares no encontramos objeción para afirmar que, a falta de pacto, deberán impartirse en el domicilio de aquél.

3. Lugar de pago derivado de la naturaleza de la obligación

La naturaleza de la obligación puede demandar que el pago se realice en lugar distinto al domicilio del deudor.

Por ejemplo, la obligación de guardar el secreto profesional consiste principalmente en conductas de no hacer que deben cumplirse en todo momento y en todo lugar en que se encuentre el deudor.

4. *Lugar de pago derivado de la Ley*

Pluralidad de disposiciones legales ordenan que el pago se realice en un lugar diferente al domicilio del deudor.

Dentro de la Teoría General de las Obligaciones destacan las relativas a entregas de inmuebles o a prestaciones sobre éstos y a entregas de sumas de dinero como precio de bienes enajenados por el acreedor.

- Entrega de inmuebles o prestaciones sobre éstos

Cuando el objeto de la obligación consiste en la entrega de un inmueble o en conductas que deban ejecutarse sobre un inmueble el pago debe realizarse donde éste se ubique:

> ART. 2083.—Si el pago consiste en la tradición de un inmueble o en prestaciones relativas al inmueble, deberá hacerse en el lugar donde éste se encuentre.

De las reglas trascritas solo la primera puede ser alterada por voluntad de las partes.

Los inmuebles pueden entregarse en un lugar distinto al de su ubicación si las partes lo convienen, por medio de la denominada "entrega virtual".[30] Por ejemplo, el acreedor puede dar por satisfecho su crédito a la entrega de un inmueble si recibe las llaves de acceso después de firmar una escritura de compraventa.

Las prestaciones que deben realizarse respecto de inmuebles solo pueden cumplirse en el lugar en que se encuentren, dada la imposibilidad de que se ejecuten en un lugar distinto. Por ejemplo, la obligación de podar un jardín solo puede pagarse en el lugar donde se encuentre el jardín.

- Entrega de sumas de dinero como precio de bienes enajenados por el acreedor

Cuando lo debido es una cantidad de dinero como contraprestación de un bien enajenado por el acreedor debe pagarse en el lugar en que éste se entregue:

[30] "ART. 2284.—La entrega puede ser real, jurídica o virtual...
Desde el momento en que el comprador acepte que la cosa vendida quede a su disposición, se tendrá por virtualmente recibido de ella, y el vendedor que la conserve en su poder sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario."

> ART. 2084.—Si el pago consistiere en una suma de dinero como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, deberá ser hecho en el lugar en que se entregó la cosa, salvo que se designe otro lugar.

La norma anotada también es supletoria de la voluntad de las partes.

B. IMPORTANCIA DEL LUGAR DE PAGO

El lugar de pago es importante porque determina el ámbito espacial dentro del que deberá cumplirse la obligación, de manera que el acreedor podrá rehusar el pago en lugar distinto y el deudor realizarlo.

C. GASTOS DE ENTREGA

Salvo pacto en contrario el deudor debe sufragar los gastos que genere la entrega del objeto de la obligación:

> ART. 2086.—Los gastos de entrega serán de cuenta del deudor, si no se hubiere estipulado otra cosa.

La Ley no prevé concepto alguno de "gastos de entrega" ni enlista lo que comprenden. En nuestra opinión deben interpretarse en términos amplios, de manera que abarquen el empaque, traslado y puesta del bien donde indique el acreedor dentro del lugar designado para el pago.

Cuando la parte en cuyo domicilio deba hacerse el pago lo cambie voluntariamente, deberá sufragar los mayores gastos en que incurra la otra para obtenerlo o realizarlo:

> ART. 2085.—El deudor que después de celebrado el contrato mudare voluntariamente de domicilio, deberá indemnizar al acreedor de los mayores gastos que haga por esta causa, para obtener el pago.
>
> De la misma manera, el acreedor debe indemnizar al deudor cuando debiendo hacerse el pago en el domicilio de aquél, cambia voluntariamente de domicilio.

La "indemnización" a que se refiere el numeral citado solo es procedente cuando el cambio de domicilio se realiza de manera *voluntaria*, no así cuando se verifica por necesidad —por ejemplo, cuando una inundación hace inhabitable un domicilio—.

VIII. PRESUNCIONES EN MATERIA DE PAGO

El Código Civil establece tres presunciones en materia de pago. Todas son *iuris tantum*, por lo que admiten prueba en contrario.

A. Pago de la última pensión

El deudor de una obligación de pensiones es favorecido con la siguiente presunción:

> Art. 2089.—Cuando la deuda es de pensiones que deben satisfacerse en períodos determinados, y se acredita por escrito el pago de la última, se presumen pagadas las anteriores, salvo prueba en contrario.

Por "deuda de pensiones" entendemos la de entregar cantidades periódicas de dinero, como sucede con la renta en el arrendamiento o con los abonos en la compraventa en abonos.

Conforme al artículo 2089 si se acredita por escrito el pago del último periodo se presumen pagados los anteriores salvo prueba en contrario. En nuestra opinión el legislador debió referirse a cualquier periodo *posterior* y no solo al último.[31]

B. Pago del capital

Las deudas de capital que causan intereses están sujetas a la siguiente presunción:

> Art. 2090.—Cuando se paga el capital sin hacerse reserva de réditos, se presume que éstos están pagados.

El acreedor que desee evitar la aplicación de esta presunción debe hacer reserva de los intereses no pagados al momento de recibir el importe del capital, preferentemente en el recibo de pago que entregue al deudor, del que habrá de guardar una copia.

C. Entrega del título de la obligación

El deudor a quien se entrega el título de su obligación goza de la siguiente presunción:

> Art. 2091.—La entrega del título hecho al deudor hace presumir el pago de la deuda constante en aquél.

[31] Por ejemplo, si el arrendatario acredita por escrito el pago de la renta de marzo debe presumirse que pagó la de enero y la de febrero, independientemente de que sea abril y no haya pagado la renta de ese mes.

La Ley no aclara lo que debe entenderse por "título". En los ordenamientos que le sirvieron de antecedente significaba el documento en que se hacía constar el acto creador de la deuda. En nuestra opinión la palabra "título" también comprende, en este caso, los documentos civiles a la orden y al portador.

IX. Reglas de imputación del pago

Las reglas de imputación del pago determinan a qué obligación debe aplicarse lo pagado cuando una misma persona tiene varias deudas para con otra.

A. Imputación del pago por el deudor

El Código Civil vigente, al igual que los ordenamientos que le precedieron, establece como regla general que el deudor puede elegir la obligación a la que debe imputarse el pago:

> Art. 2092.—El que tuviere contra sí varias deudas en favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas quiere que éste se aplique.

La norma citada tiene como presupuesto que una persona tuviere varias deudas en favor de un solo acreedor. Para que sean aplicables las reglas de imputación del pago es necesario también que las obligaciones tengan un objeto de la misma especie,[32] lo que omite la disposición trascrita.

El deudor debe indicar la obligación a la que ha de aplicarse el pago. La Ley no prevé de qué forma debe realizar esta declaración. En nuestra opinión puede hacerla expresa o tácitamente.[33]

La elección de la deuda debe definirse *al momento en que se hace* el pago. De lo contrario serán aplicables las reglas supletorias que comentaremos más adelante.

El Código Civil establece el siguiente límite a la libertad de elección del deudor:

[32] Las reglas de imputación del pago no son aplicables si una persona debe a otra una obligación de dar y otra de hacer, o dos obligaciones de dar que involucran bienes de distinta especie —por ejemplo, dinero y un automóvil—.

[33] "Art. 1803.—El consentimiento puede ser expreso o tácito...".

Enneccerus, Kipp y Wolff citan como ejemplo de manifestación tácita el hecho de que el deudor no se oponga a la declaración del acreedor de que imputará el pago a una deuda determinada (t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 313).

ART. 2094.—Las cantidades pagadas a cuenta de deudas con intereses, no se imputarán al capital mientras hubiere intereses vencidos y no pagados, salvo convenio en contrario.

Conforme al artículo trascrito el deudor que paga no puede decidir que lo entregado sea imputado al capital en lugar de a los intereses, a menos que el acreedor lo consienta.

En la hipótesis a que se refiere el numeral 2094 no hay dos obligaciones, sino una misma conformada por dos partidas —capital e intereses—.[34] La regla mencionada presupone que el deudor está autorizado a realizar pagos parciales, lo que es confirmado por la frase "las cantidades pagadas *a cuenta de* deudas con intereses". Por ejemplo, supóngase que Juan debe a Luis once mil pesos de los cuales diez mil corresponden a capital y mil a intereses. Si el primero entrega quinientos pesos habrá efectuado un pago *parcial* que debe imputarse a la partida de intereses.

B. IMPUTACIÓN DEL PAGO POR LA LEY

Cuando el deudor no declara la deuda a la que debe imputarse el pago es de observarse lo siguiente:

ART. 2093.—Si el deudor no hiciere la referida declaración, se entenderá hecho el pago por cuenta de la deuda que le fuere más onerosa entre las vencidas. En igualdad de circunstancias, se aplicará a la más antigua; y siendo todas de la misma fecha, se distribuirá entre todas ellas a prorrata.

A continuación comentaremos las reglas de imputación previstas por el artículo anotado.

a) IMPUTACIÓN A LA DEUDA VENCIDA

En primer lugar el pago debe aplicarse a una deuda vencida frente a otra que no lo está, independientemente de sus demás características.

b) IMPUTACIÓN A LA DEUDA MÁS ONEROSA ENTRE LAS VENCIDAS

Entre las deudas vencidas el pago debe imputarse a la más onerosa. Es necesario precisar lo que debe entenderse por "más onerosa".

[34] En igual sentido ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 223.

Desde el punto de vista abstracto una deuda es más onerosa que otra cuando representa mayor carga económica para el deudor.[35] Desde el punto de vista concreto la Doctrina[36] ha aportado diversos criterios que permiten determinar la mayor onerosidad:

1. Es más onerosa la deuda sujeta a cláusula penal que la deuda que no lo está.

2. Entre dos deudas sujetas a cláusula penal, es más onerosa la que genera intereses que la que no los genera.

3. Entre dos deudas que generan intereses, es más onerosa la garantizada que la que carece de garantías.

El órgano jurisdiccional puede imponer excepciones a las reglas indicadas o seguir un orden distinto.

c) IMPUTACIÓN A LA DEUDA MÁS ANTIGUA

Cuando las obligaciones son exigibles e igualmente onerosas el pago debe imputarse a la más antigua.

No existe uniformidad entre los autores sobre si la mayor antigüedad depende de la fecha de nacimiento de la deuda o de la fecha de su exigibilidad.

Por ejemplo, supóngase que Juan tiene para con Luis dos obligaciones exigibles e igualmente onerosas, la primera contraída el primero de enero y exigible el primero de marzo y la segunda nacida el primero de febrero y exigible el quince del mismo mes. ¿A cuál debe imputarse el pago?

Planiol y Ripert sostienen que la mayor antigüedad depende de la fecha de nacimiento de la deuda.[37] Bejarano Sánchez opina que depende de su fecha de exigibilidad.[38]

Consideramos acertado el criterio del autor mexicano, ya que la imputación a la deuda más antigua pretende favorecer al acreedor cuyo crédito está próximo a prescribir, lo que se consigue mejor si el pago se aplica a la deuda primeramente vencida.

d) IMPUTACIÓN A PRORRATA

Cuando las deudas fueren exigibles e igualmente onerosas y antiguas, el pago debe imputarse a todas ellas a prorrata, es decir, en proporción a su cuantía.

[35] En sentido similar BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 302.

[36] POTHIER, *op. cit.*, p. 357; PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 687; ROJINA VILLEGAS, v. 2., *op. cit.*, p. 224; CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, pp. 373 y 374.

[37] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 687.

[38] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 302.

Por ejemplo, supóngase que Juan debe a Luis dos mil pesos por un concepto y mil por otro y que ambas deudas son exigibles e igualmente onerosas y antiguas. Entre ambas obligaciones existe una proporción de dos a uno. Si Juan entrega seiscientos pesos el pago debe aplicarse a prorrata: cuatrocientos pesos deben destinarse a la deuda de dos mil pesos y doscientos deben imputarse a la de mil.

X. NATURALEZA JURÍDICA DEL PAGO

Un sector de la Doctrina considera que el pago es un acto jurídico,[39] otro que posee una naturaleza variable.[40]

La tesis que conceptualiza al pago como acto jurídico es sugerente, ya que existen diversas disposiciones que lo hacen ver de esta manera. Sirvan de ejemplo las normas que establecen la "invalidez" del pago hecho con bienes ajenos, la del realizado en violación a una orden judicial de retención, la del efectuado en favor del incapaz sin que le resulte de utilidad y la que permite al deudor decidir la obligación a la que debe imputarse.

Sin embargo, como exponen quienes sostienen el segundo criterio, la doctrina del acto jurídico es insuficiente para explicar por qué hay pago incluso cuando el deudor ejecuta la conducta debida sin que su voluntad se encamine a cumplir la deuda.

Por ejemplo, un profesionista puede abstenerse de revelar los secretos de su cliente por razones de decoro, ignorando la obligación que la Ley le impone.[41] Una persona puede suministrar alimentos a otra sin saber que tiene para con ésta una obligación alimentaria. En ambos casos habrá pago, no obstante el obligado haya ejecutado la conducta debida desconociendo la existencia de la deuda. ¿Cómo afirmar que hubo acto jurídico en estos casos?[42]

Concluimos que la naturaleza jurídica del pago es variable: si interviene la voluntad en su ejecución y se producen consecuencias de Derecho precisamente por ella es un acto jurídico en sentido estricto, conforme a la teoría alemana sobre la clasificación de los hechos jurídicos; por el contrario, si el cumplimiento se verifica sin que medie una voluntad encaminada a él es "la realización del contenido de la obligación" y, por exclusión, un hecho jurídico en sentido estricto.

[39] En este sentido RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, p. 103; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 217 y DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 126.

[40] En este sentido ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 303 y CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 351.

[41] La Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional, relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal dispone:

"ART. 36.—Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas."

[42] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, pp. 303 y 304.

XI. DACIÓN EN PAGO

A. CONCEPTO Y CONSECUENCIAS DE LA DACIÓN EN PAGO

La dación en pago es la ejecución de una conducta por el deudor, distinta de la debida, que extingue la obligación por considerar el acreedor satisfecho su interés.

Según se desprende de la definición propuesta, la consecuencia principal de la dación en pago es la extinción de la obligación, lo que confirma el siguiente numeral:

> ART. 2095.—La obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida.

De acuerdo con lo mencionado en el apartado que antecede, la dación en pago ha sido una figura pensada para el cumplimiento de obligaciones de dar, lo que en la disposición trascrita se refleja en la expresión "*recibe* en pago *una cosa* distinta". Sin embargo, no encontramos objeción para que pueda verificarse respecto de obligaciones de hacer y de no hacer o mediante la ejecución de conductas distintas de las de dar.[43]

El deudor que entrega bienes en pago está sujeto, en nuestro Derecho, al mismo régimen normativo que si hubiera ejecutado la conducta original, salvo por lo que comentaremos en el apartado siguiente. Lo anterior es importante —entre otros— para efectos del régimen de responsabilidad por vicios o defectos de los bienes entregados.[44]

Por ejemplo, si el vendedor de una motocicleta entrega en pago una computadora, deberá responder por los vicios ocultos de ésta como todo vende-

[43] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 426. Por ejemplo, el acreedor de una clase de piano puede aceptar recibir en pago un libro o el acreedor de quinientos pesos puede aceptar recibir en pago una clase de inglés.

[44] "ART. 2142.—*En los contratos conmutativos*, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la hagan impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que a haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa."

dor. Por el contrario, si el donante de una motocicleta entrega en pago una computadora, estará exento de responder por los vicios ocultos de ésta como cualquier donante.

B. Evicción de los bienes dados en pago

Uno de los aspectos que mayor polémica generó sobre la dación en pago es la posición del acreedor que sufre la evicción de lo recibido.

Los juristas franceses que definieron la dación en pago como una variedad del pago opinaron que el acreedor que sufre la evicción no debe considerarse pagado y puede, por tanto, reclamar al deudor la conducta original junto con sus accesorios. En sentido opuesto, quienes se pronunciaron por la tesis de la novación concluyeron que el acreedor solo puede exigir el saneamiento de lo recibido en pago, dada la extinción de la obligación original.[45]

El legislador de 1928 resolvió el problema planteado de la siguiente manera:

> Art. 2096.—Si el acreedor sufre la evicción de la cosa que recibe en pago, renacerá la obligación primitiva, quedando sin efecto la dación en pago.

La norma trascrita acoge el criterio "tradicional" francés,[46] es decir, el que concibe la dación en pago como una variedad del pago y no como una novación. De manera congruente con este criterio el legislador dispuso que si el acreedor sufre la evicción "renace" la obligación primitiva sin que pueda exigir saneamiento alguno. En realidad la obligación primitiva no "renace", sino que nunca se extinguió.[47] Debe entenderse que la deuda "renace" con todos sus accesorios, al tenor del principio "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

C. Naturaleza jurídica de la dación en pago

Desde el punto de vista legal la dación en pago es una modalidad o variante del pago,[48] lo que se desprende de estar regulada dentro del Capítulo reservado al pago y de lo previsto por los artículos 2095 y 2096 anteriormente trascritos.[49]

En el capítulo sobre novación comentaremos las diferencias entre ésta y la dación en pago.

[45] Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 703.

[46] *Loc. cit.*

[47] Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, p. 627; Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 429.

[48] En igual sentido Rojina Villegas, *loc. cit.*; Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 1023; Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 428.

[49] En sentido similar se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de rubro: "Dación en pago, naturaleza de la", Registro No. 358633, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XLVIII, Página: 1906, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO SÉPTIMO

OFRECIMIENTO DEL PAGO Y CONSIGNACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En ocasiones el deudor ve obstaculizado su propósito de cumplir la obligación por causas que no le son imputables, como el desconocimiento de la identidad del acreedor o su negativa a recibir el pago. En estas y en otras hipótesis procede el ofrecimiento seguido de la consignación.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los juristas romanos conocieron el ofrecimiento seguido de la consignación. A decir de D'Ors la consignación procedía cuando el deudor no encontraba a quién realizar el pago y cuando su acreedor incurría en mora.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Destinó uno de los apartados de la Sección relativa al pago a regular el ofrecimiento y la consignación, que a su vez se ubicó dentro del Capítulo sobre la extinción de las obligaciones.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

El legislador de 1884 reguló el ofrecimiento y la consignación dentro de un Capítulo ubicado en el Título relativo a la extinción de las obligaciones.

---

[1] *Cfr.* D'ORS, *op. cit.*, p. 561.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch o BGB*)

Regula la consignación dentro de un Título ubicado en la Sección relativa a la extinción de las relaciones obligatorias.

III. CONCEPTO DE OFRECIMIENTO Y CONSIGNACIÓN

El ofrecimiento y consignación es un medio que provee la Ley a quien desea liberarse de su obligación y no puede pagar o no puede hacerlo con seguridad por causas que no le son imputables:

> Art. 2097.—El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley.

A. Ofrecimiento

El ofrecimiento es la invitación que el deudor dirige al acreedor para que reciba el cumplimiento de la obligación. Puede realizarse respecto de cualquier deuda, sea de dar, de hacer o de no hacer.

B. Consignación

La consignación es el depósito de lo debido a disposición del acreedor. Es, en palabras de Enneccerus, Kipp y Wolff, "un *contrato de depósito a favor de un tercero*".[2]

La consignación solo puede realizarse respecto de obligaciones de dar, ya que solo los bienes pueden ser depositados, no así los hechos ni las abstenciones.

El deudor de conductas de hacer no puede recurrir a la consignación para liberarse de su obligación. Ante la negativa injustificada del acreedor a recibir el pago deben distinguirse dos hipótesis: que el cumplimiento no requiera su cooperación[3] o que sí lo requiera.[4] En el primer supuesto el deudor podrá cumplir a pesar de la actitud del acreedor. En el segundo el deudor no podrá

[2] *Ibid.*, p. 328.

[3] Piénsese en la obligación que contrae un futbolista de utilizar en sus encuentros calzado deportivo de una marca específica.

[4] Piénsese en la obligación que contrae un médico de examinar a un paciente.

cumplir y permanecerá obligado hasta que transcurra el plazo de prescripción, a menos que antes se actualice otra causa de extinción de la deuda.[5]

El deudor de conductas de no hacer generalmente puede cumplir sin la cooperación del acreedor, por lo que es intrascendente su negativa a recibir el pago.

C. Carácter optativo del ofrecimiento y consignación

Los Tribunales han resuelto que el ofrecimiento y consignación es un procedimiento optativo para el deudor y que no es obligatorio que lo promueva para que evite incurrir en mora.[6]

IV. SUPUESTOS EN QUE PROCEDE EL OFRECIMIENTO Y CONSIGNACIÓN

El Código Civil autoriza el ofrecimiento y la consignación en cinco supuestos:

> Art. 2098.—Si el acreedor rehusare sin justa causa recibir la prestación debida, o dar el documento justificativo de pago, o si fuere persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa.
>
> Art. 2099.—Si el acreedor fuere conocido, pero dudosos sus derechos, podrá el deudor depositar la cosa debida, con citación del interesado, a fin de que justifique sus derechos por los medios legales.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal añade un supuesto más al regular la consignación:

> Art. 227.—*Si el acreedor estuviere ausente* o fuere incapaz, será citado su representante legítimo...

A continuación comentaremos los supuestos indicados.

[5] Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 321.

[6] Tesis de rubro: "Ofrecimiento de pago mediante consignacion, no es obligatorio para no incurrir en mora", Registro No. 220970, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, VIII, diciembre de 1991, Página: 125, Tesis: I.4o.C. J/46, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

A. Acreedor que rehúsa sin justa causa recibir el pago

La primera hipótesis que autoriza al deudor a ofrecer y a consignar lo debido consiste en que el acreedor rehúse sin justa causa recibir el pago.

La Doctrina[7] enuncia algunas de las "justas causas" que autorizan al acreedor a rehusar el pago: que pretenda entregarse un bien que no satisfaga la calidad convenida, que el pago pretenda efectuarse antes de la llegada del término estipulado en su favor, que pretenda hacerse en un lugar distinto al convenido o al señalado por la Ley o que pretenda realizarse de modo parcial.

En sentido abstracto puede decirse que el acreedor rehúsa el pago *justificadamente* cuando apoya su negativa en una norma jurídica. *A contrario sensu*, el acreedor rehúsa el pago *sin justa causa* cuando lo hace de modo arbitrario, sin fundamentar su oposición en una norma jurídica.

B. Acreedor que rehúsa entregar el documento justificativo del pago

En el capítulo anterior comentamos que todo deudor tiene derecho a que se le entregue un documento que acredite el cumplimiento de su obligación.[8] La falta de entrega de este documento faculta al deudor a seguir el procedimiento de ofrecimiento y consignación, entre otras consecuencias.

C. Acreedor incierto

El Código Civil autoriza al deudor a ofrecer y a consignar lo debido cuando su acreedor es incierto. "Acreedor incierto" equivale, en nuestra opinión, a acreedor desconocido.

En el capítulo segundo de esta obra mencionamos que en ocasiones el deudor puede desconocer la identidad de su acreedor, como ocurre cuando el sujeto activo original fallece y transitoriamente se desconoce quiénes son sus herederos. En estos casos el obligado podrá liberarse ofreciendo y consignando lo adeudado.

A nuestro juicio el ofrecimiento y la consignación también son procedentes cuando el acreedor es conocido pero se ignora su domicilio, debiendo el deudor efectuar el pago en ese lugar.

---

[7] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 446; Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, pp. 275 y 276; Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 320; Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 777 y 778.

[8] "Art. 2088.—El deudor que paga tiene derecho de exigir el documento que acredite el pago y puede detener éste mientras que no le sea entregado."

D. Acreedor incapaz

El ofrecimiento y la consignación también pueden llevarse a cabo cuando el acreedor es incapaz. Sin embargo, solo tiene sentido que el deudor opte por este procedimiento si desconoce la identidad del representante legal del incapaz o si éste carece de uno, ya que de lo contrario podrá pagar válidamente por conducto del citado representante.

E. Acreedor de un crédito dudoso

Cuando el crédito del acreedor es dudoso el deudor puede liberarse ofreciendo y consignando lo debido.

Son dudosos los créditos objeto de disputa. Por ejemplo, si una persona ocasiona un daño al inmueble de su vecino y tiene conocimiento de que la propiedad del bien es objeto de una contienda judicial, puede consignar la indemnización a efecto de que sea entregada a quien sea declarado propietario.

F. Acreedor ausente

Conforme a la legislación adjetiva el objeto de la obligación puede ofrecerse y consignarse cuando el acreedor se halla ausente.

Tendría más sentido que el ofrecimiento y la consignación se llevaran a cabo antes de la declaración de ausencia y de la designación de representante legal, ya que una vez nombrado el representante el cumplimiento puede efectuarse por conducto de él.[9]

V. Manera en que debe hacerse el ofrecimiento y consignación

El ofrecimiento y la consignación deben llevarse a cabo de acuerdo con lo previsto por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

> Art. 2100.—La consignación se hará siguiéndose el procedimiento que establezca el Código de la materia.

Las normas que regulan el procedimiento de ofrecimiento y consignación se ubican dentro del Título que el ordenamiento adjetivo dedica a los actos prejudiciales.

---

[9] Véase Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 280-283.

Antes de continuar es preciso distinguir dos procedimientos: uno es el de ofrecimiento y consignación, que tiene naturaleza de acto prejudicial y debe promoverse en la vía de jurisdicción voluntaria; el segundo es el juicio liberatorio, que tiene naturaleza contenciosa y debe promoverse en la vía ordinaria.[10] El juicio liberatorio es promovido por el deudor *que ha realizado el ofrecimiento y la consignación* y busca que la autoridad judicial reconozca la extinción de la deuda. La distinción anotada es reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[11]

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal permite que el procedimiento de ofrecimiento y consignación se lleve a cabo ante Juez o ante Notario. En ambos casos se desarrolla en dos etapas: inicia con la citación al acreedor y concluye con la diligencia de ofrecimiento y consignación. No las estudiaremos por tratarse de materia adjetiva.[12]

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL OFRECIMIENTO Y CONSIGNACIÓN

A. Extinción de la obligación

Conforme a lo comentado en páginas anteriores, la finalidad del ofrecimiento y consignación es permitir al deudor liberarse de una obligación que no puede pagar o no puede hacerlo con seguridad por causas que no le son imputables.

No existe uniformidad de criterios acerca de cuándo se verifica la extinción de la deuda.

a) PERSPECTIVA LEGAL

Desde el punto de vista legal puede sostenerse que la obligación se extingue una vez realizada la consignación o una vez que el Juez la aprueba en la sentencia que dicte dentro del juicio liberatorio.

El primer criterio se fundamenta en la siguiente disposición:

> ART. 2097.—El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley.

[10] A falta de juicios sumarios. *Cfr.* BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, 18ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003, p. 275.

[11] Tesis de rubro: "OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN, DILIGENCIAS DE", Registro No. 347953, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, LXXXVIII, Página: 626. Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[12] Véanse artículos 224 al 234 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Conforme al numeral citado *el ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago* y el pago es causa de extinción de las obligaciones. Atendiendo al texto de este artículo bastaría con que el ofrecimiento y la consignación satisfagan los requisitos que hemos estudiado para que hagan veces de pago y terminen la relación obligatoria, independientemente de que se realicen ante Juez o ante Notario.

El segundo criterio se apoya en los artículos siguientes:

> ART. 2101.—Si el juez declara fundada la oposición del acreedor para recibir el pago, el ofrecimiento y la consignación se tiene como no hechos.
>
> ART. 2102.—Aprobada la consignación por el juez, la obligación queda extinguida con todos sus efectos.

Las disposiciones trascritas se refieren a decisiones que puede adoptar el Juez *dentro del juicio liberatorio* y no en el acto prejudicial de ofrecimiento y consignación.

El artículo 2101 prevé la posibilidad de que el juzgador encuentre fundada la oposición del acreedor, en cuyo caso el ofrecimiento y la consignación se tendrán "como no hechos". El artículo siguiente alude a la hipótesis opuesta: que el juzgador apruebe la consignación, en cuyo caso "la obligación queda extinguida con todos sus efectos". Ambos numerales conducen a pensar que es la aprobación que el órgano jurisdiccional emite y no el ofrecimiento y consignación lo que extingue la deuda.

b) PERSPECTIVA JUDICIAL

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en tesis de Jurisprudencia que la aprobación judicial es la que extingue la relación obligatoria y no la "simple consignación".[13]

c) PERSPECTIVA DOCTRINAL

En Doctrina la opinión dominante es que la obligación se extingue una vez concluido el procedimiento de ofrecimiento y consignación y que la sentencia que se dicta en el juicio liberatorio es declarativa y no constitutiva.[14]

[13] Tesis de rubro: "CONSIGNACIÓN, EFECTO DE LA (LEGISLACIÓN DE COAHUILA)", Registro No. 386056, Localización: Quinta Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXI, Página: 2286, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[14] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 446.

B. Gastos a cargo del acreedor

El ofrecimiento y consignación *legalmente hechos* sujetan al acreedor a cubrir los gastos correspondientes:

> Art. 2103.—Si el ofrecimiento y la consignación se han hecho legalmente, todos los gastos serán de cuenta del acreedor.

Entre los gastos que debe cubrir el acreedor se encuentran los honorarios del Notario, en caso de que haya intervenido en el procedimiento, y los del depositario que haya custodiado el bien de que se trate.

Capítulo Trigésimo Octavo

INTRODUCCIÓN A LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

I. INTRODUCCIÓN

En los capítulos siguientes daremos respuesta a qué puede hacer el acreedor cuyo crédito no fue satisfecho.

Antes de iniciar el estudio de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones consideramos oportuno incluir un capítulo introductorio que nos permita ofrecer un concepto de incumplimiento, exponer el orden que seguiremos y dar una noción de cada figura.

II. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento es la falta de ejecución de la conducta debida.

Puede ocurrir que el deudor omita realizar la prestación o abstención o que las realice de modo distinto al acordado o al previsto por el legislador.[1] En ambos casos habrá incumplimiento y surgirán consecuencias de Derecho.

A. Falta absoluta de ejecución

La idea primaria de incumplimiento es que el deudor deje de cumplir totalmente la obligación.

En las obligaciones de dar equivale a que el deudor no entregue o no restituya el bien respectivo. En las de hacer a que no ejecute el hecho a que se hubiere comprometido. En las de no hacer a que realice lo que debió omitir.

---

[1] En sentido similar Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 199; Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 226.

B. Ejecución de manera distinta a lo acordado o a lo dispuesto por la Ley

Es posible también que el deudor ejecute la conducta debida pero no del modo ordenado por una norma convencional o legal.

En las obligaciones de dar y de hacer equivale a que el deudor preste lo adeudado a una persona no facultada por el acreedor o por la Ley, a que lo haga después de tiempo o en un lugar distinto al previsto. En las de no hacer equivale a que el deudor observe la abstención en un momento posterior o en un lugar diferente al prescrito.

III. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El Código Civil destina la Segunda Sección del Título Cuarto de la Primera Parte de su Libro Cuarto a regular el incumplimiento de las obligaciones. Esta Sección se integra por dos apartados: el primero alude a las consecuencias del incumplimiento entre las partes y el segundo a las consecuencias con relación a terceros.

Conforme a este orden conduciremos nuestra exposición.

A. Consecuencias del incumplimiento entre las partes

En primer lugar abordaremos las consecuencias del incumplimiento entre las partes. Para facilitar su análisis distinguiremos entre consecuencias *generales* y *especiales*.

a) Consecuencias *generales* del incumplimiento

El primer conjunto de capítulos tratará las que hemos designado consecuencias *generales* del incumplimiento.

El calificativo *generales* se debe a que, en principio, las consecuencias pueden seguir al incumplimiento de cualquier obligación.

Este bloque comprenderá cinco capítulos:

1. *Ejecución forzada*

La ejecución forzada es el empleo de la coerción legítima para obtener el objeto de la obligación.

2. *Responsabilidad civil*

En el capítulo sobre responsabilidad civil analizaremos la necesidad de reparar los daños y/o perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación imputable al deudor.

3. *Mora*

La mora es el retardo en el cumplimiento de una obligación imputable al deudor. Distinguiremos las consecuencias que siguen a la mora del deudor y a la del acreedor.

4. *Daño moral*

El daño moral es el dolor infligido injustamente a una persona física.

5. *Cláusula penal*

La cláusula penal es una norma jurídica emanada de la voluntad del autor o de las partes de un acto jurídico, de carácter accidental, que pre-cuantifica los daños y/o perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación.

b) Consecuencias *especiales* del incumplimiento

El segundo conjunto de capítulos versará sobre las consecuencias que hemos llamado *especiales*.

El adjetivo *especiales* obedece a que las consecuencias solo surgen ante el incumplimiento de determinado tipo de obligaciones, como las recíprocas o las que tienen por objeto conductas de dar.

Este bloque comprenderá seis capítulos:

1. *Pacto comisorio tácito*

El denominado "pacto comisorio tácito" es una cláusula natural de los contratos bilaterales que faculta a una de las partes a demandar su rescisión por el incumplimiento imputable de la otra.

2. *Excepción de contrato no cumplido*

La excepción de contrato no cumplido es un motivo jurídico que permite a las partes de un contrato bilateral suspender el cumplimiento de la obligación recíproca a su cargo mientras la otra no pague u ofrezca pagar la suya.

3. *Derecho de retención*

El derecho de retención es la facultad concedida por la Ley al deudor para que suspenda el cumplimiento de una obligación de dar mientras su acreedor no pague lo que le debe.

4. *Saneamiento para el caso de evicción*

El saneamiento para el caso de evicción es la consecuencia que debe asumir quien pretendió enajenar un bien[2] del cual no podía disponer por pertenecer a otra persona reconocida como titular por el órgano jurisdiccional.

5. *Saneamiento por vicios ocultos*

El saneamiento por vicios ocultos es la consecuencia que debe asumir quien transmite un derecho sobre un bien que padece desperfectos no apreciables a simple vista y que repercuten en el uso al que se destina.

6. *Teoría de los riesgos*

La teoría de los riesgos es el conjunto de normas jurídicas que determinan si una de las partes de un contrato bilateral debe pagar la obligación recíproca a su cargo cuando la de su contraparte no pueda ser cumplida por caso fortuito o fuerza mayor.

B. Consecuencias del incumplimiento con relación a tercero

El apartado sobre las consecuencias del incumplimiento con relación a tercero comprende figuras que permiten al acreedor cuyo crédito no ha sido satisfecho dirigir su acción contra terceros vinculados con su deudor a fin de incrementar las probabilidades de cobro.

Este apartado comprenderá tres capítulos:

1. *Actos celebrados en fraude de acreedores*

Los actos celebrados en fraude de acreedores son los que gozan de realidad jurídica y producen o acrecientan la insolvencia del deudor en perjuicio de sus acreedores presentes. Su eficacia puede ser atacada por medio de la acción pauliana.

2. *Simulación de actos jurídicos*

La simulación es la emisión de declaraciones encaminadas a celebrar un acto jurídico, que conscientemente no son conformes con la intención real de

[2] En sentido técnico lo que pretende enajenarse son derechos y no bienes —por ejemplo, propiedad, usufructo, uso, etc.—. Sin embargo, aludimos a la enajenación "de un bien" para facilitar la asimilación del concepto de saneamiento para el caso de evicción.

quienes las efectúan. Los acreedores pueden atacar su eficacia por medio de la acción de simulación.

3. *Acción oblicua*

La acción oblicua es la facultad que tiene el acreedor de ejercer los derechos de su deudor cuando éste no quiera o descuide hacerlo, siempre que de ello dependa el cobro de su crédito.

CAPÍTULO TRIGÉSIMO NOVENO

EJECUCIÓN FORZADA

I. INTRODUCCIÓN

La consecuencia natural del incumplimiento es que el acreedor pueda obtener lo adeudado por la fuerza. En ocasiones el Derecho se lo permite y lo auxilia, en otras se lo niega.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Durante la vigencia del procedimiento formulario solo fue posible condenar al deudor a la entrega de una suma de dinero, independientemente del tipo de conducta a que estuviere obligado.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Por regla general solo admitió la ejecución forzada de obligaciones de dar.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Siguió reglas similares a las de su antecesor francés.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

La legislación *sustantiva* dio por supuesto el derecho a exigir la ejecución forzada de las obligaciones y no proveyó una regulación general al respecto.

---

[1] *Cfr.* SOHM, *op. cit.*, p. 389.

III. CONCEPTO DE EJECUCIÓN FORZADA

La ejecución forzada es el empleo de la coerción legítima para obtener el objeto de la obligación. A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta:

- Empleo de la coerción

La coerción es el uso de la fuerza para obtener el cumplimiento de una norma jurídica.

- Legítima

La ejecución forzada debe realizarse con apoyo en la coerción *legítima*, es decir, a través de la fuerza del Estado.

El acreedor debe abstenerse de ejercer violencia por sí mismo o a través de agentes distintos de la autoridad para obtener el objeto debido. La Constitución Federal es terminante en este sentido:

> ART. 17.—Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho...

- Para obtener el objeto de la obligación

El propósito esencial de la ejecución forzada es conseguir el objeto de la obligación.

IV. EJECUCIÓN FORZADA DE OBLIGACIONES DE DAR

Generalmente se afirma que con relación a las obligaciones de dar siempre es procedente la ejecución forzada. Sin embargo, consideramos conveniente distinguir entre la ejecución forzada de la conducta de dar y la obtención forzada de un bien.

A. EJECUCIÓN FORZADA DE LA CONDUCTA DE DAR

En el capítulo tercero de esta obra mencionamos que las conductas de dar pueden consistir en la *restitución* de un bien ajeno o en la *entrega* de uno debido.[2]

[2] Sobre el carácter no-obligacional de la traslación de dominio y de la "entrega" del uso y/o goce temporal de un bien remitimos al capítulo indicado.

Ninguna de estas conductas puede obtenerse forzadamente del deudor, pero sí a través del personal del juzgado en sustitución de aquél.

En efecto, no puede ejercerse fuerza sobre el deudor a fin de que *sea él* quien restituya o entregue el bien. Cuando más podrá emplearse la fuerza para vencer la resistencia que oponga a que estas acciones se lleven a cabo por agentes autorizados.

B. OBTENCIÓN FORZADA DE UN BIEN

El acreedor puede obtener el bien debido a través de la coerción legítima siempre que aquél exista y pueda ser habido.[3]

V. EJECUCIÓN FORZADA DE OBLIGACIONES DE HACER

Al igual que en el apartado anterior distinguiremos entre la ejecución forzada de la conducta de hacer y la obtención forzada de un hecho.

A. EJECUCIÓN FORZADA DE LA CONDUCTA DE HACER

Desde el punto de vista *fáctico* las conductas de hacer pueden clasificarse en dos grupos: las que admiten su ejecución forzada y las que no la admiten.

Algunas conductas de hacer permiten que su cumplimiento pueda obtenerse por la fuerza. Piénsese en la obligación de asistir a un lugar, de aparecer en una fotografía o de portar una prenda de vestir: todas podrían pagarse a través de la coacción.

En sentido opuesto, algunas conductas de hacer solo pueden obtenerse con la cooperación del deudor. Sirva de ejemplo la obligación de impartir una clase, de elaborar una demanda o de cantar una canción: su cumplimiento no podría conseguirse a través de la fuerza.

Desde el punto de vista *jurídico* ninguna conducta de hacer puede obtenerse por la fuerza. Los glosadores[4] enunciaron esta regla mediante el aforismo *nemo praecise cogi potest ad factum* —nadie puede ser forzado a ejecutar un hecho—.[5]

[3] Véanse artículos 507, 510, 511 y 525 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

[4] CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 226.

[5] POTHIER, *op. cit.*, p. 91.

Las conductas de hacer que *fácticamente* pueden obtenerse por la fuerza son *jurídicamente* inasequibles dada la inviolabilidad de la libertad personal por causas civiles.[6] Las conductas de hacer que *fácticamente* son irrealizables a través de la coerción tampoco pueden conseguirse por vías *jurídicas*.[7]

No obstante la imposibilidad de forzar al deudor a ejecutar la conducta debida, en ocasiones el acreedor puede ver satisfecho su crédito a través del hecho que realice un tercero, conforme a lo que estudiaremos a continuación.

B. Obtención forzada de un hecho

El que no pueda coaccionarse al deudor para que ejecute la conducta adeudada no siempre impide al acreedor obtener el hecho debido.

Es necesario distinguir dos tipos de hechos: los que solo puede ejecutar el deudor[8] y los que puede ejecutar un tercero en su lugar.[9] En una sección aparte comentaremos la necesidad de otorgar o celebrar actos jurídicos.

1. *Hechos que solo puede ejecutar el deudor*

Los hechos de la primera categoría no pueden obtenerse por la fuerza, por lo que el incumplimiento solo faculta al acreedor a demandar la reparación de los daños y/o perjuicios sufridos (artículo 517 f. I del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

2. *Hechos que puede ejecutar un tercero en sustitución del deudor*

Los hechos de la segunda categoría pueden obtenerse por la fuerza a través de la conducta que ejecute un tercero a costa del obligado:

> Art. 2027.—Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.
>
> Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

---

[6] La Constitución Federal prevé:

"Art. 5—…

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución *y sin su pleno consentimiento*, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123…"

[7] *Cfr.* Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 226.

[8] Por ejemplo, piénsese en una conferencia que deba dar un premio Nobel o en una firma de autógrafos que deba realizar un actor de cine.

[9] Por ejemplo, piénsese en la necesidad de reparar un automóvil o de transportar un piano.

La disposición trascrita faculta al acreedor a exigir que un tercero ejecute el hecho debido a costa del deudor que incumple o que presta lo adeudado de manera distinta a la acordada, siempre que la sustitución sea posible. En el segundo caso también puede exigir "que se deshaga lo mal hecho". En nuestra opinión el acreedor también puede ejecutar el hecho a costa del obligado cuando ello sea posible.

En el supuesto objeto de estudio la ejecución forzada se realiza por medio de la coacción que el Estado ejerce sobre el activo patrimonial del deudor, que permite costear los gastos del cumplimiento sustituto. El acreedor ve satisfecho su crédito tanto como si lo fuera de una obligación de dar.[10]

El artículo 2027 no alude a la necesidad de reparar los daños y/o perjuicios causados, en adición a la de costear el cumplimiento sustituto. Sin embargo, la indemnización puede obtenerse de acuerdo con lo que comentaremos en el capítulo siguiente.

3. *Otorgamiento o celebración de actos jurídicos*

Un hecho cuya ejecución forzada puede dar lugar a discusión es el otorgamiento o celebración de un acto jurídico.

Desde el punto de vista *legal* el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal permite la obtención forzada del acto jurídico por conducto del órgano jurisdiccional, así como la de su formalización:

> Art. 517.—Si la sentencia condena a hacer alguna cosa, el juez señalará al que fue condenado a un plazo prudente para el cumplimiento, atendidas las circunstancias del hecho y de las personas.
>
> Si pasado el plazo el obligado no cumpliere, se observarán las reglas siguientes:…
>
> III. Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutará por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía.
>
> Si el documento consiste en una escritura pública el juez previamente pondrá los autos a disposición del notario que designe la parte en cuyo favor se dictó la sentencia. Al devolver el notario el expediente haciendo saber que se encuentra preparada la escritura para su otorgamiento, el juez fijará el plazo en que deberá comparecer el obligado a firmarla, apercibido que de no hacerlo el propio juez la firmará según lo antes dispuesto…

Desde el punto de vista *filosófico* se trata de un hecho estrictamente personal del obligado que no puede conseguirse por la fuerza, ya que los actos juríi-

---

[10] *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 618.

dicos requieren la voluntad de sus otorgantes y nadie puede sustituirse en ella a través de la coacción. Su incumplimiento solo debería traducirse en el resarcimiento de daños y/o perjuicios.[11]

VI. EJECUCIÓN FORZADA DE OBLIGACIONES DE NO HACER

A. Ejecución forzada de la conducta de no hacer

El deudor de una conducta de no hacer, al igual que el de una de hacer, no puede ser compelido a ejecutarla por la fuerza, ni siquiera cuando fuere *fácticamente* posible. Lo anterior se apoya en el derecho a la libertad personal y en la inviolabilidad corporal por causas civiles.

Consecuentemente, el incumplimiento de la conducta de no hacer solo da lugar a la indemnización de daños y/o perjuicios:

> Art. 2028.—El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención...

B. Obtención forzada de una omisión

Las omisiones tampoco son asequibles por la fuerza, ya que —en principio— solo pueden ser observadas por el deudor y no por un tercero en su lugar. Sin embargo, el legislador previó mecanismos que permiten al acreedor, en la medida de lo posible, alcanzar el resultado perseguido.

Si la omisión consiste en la no-ejecución de una obra material su incumplimiento autorizará al acreedor a exigir la destrucción de lo construido:

> Art. 2028.—El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. *Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.*

El derecho que la norma trascrita confiere al acreedor le permite ubicarse en una situación similar a la que se encontraría si la abstención hubiese sido cumplida de un inicio. Por ejemplo, si una persona se obliga con su vecino a no edificar construcciones que le obstruyan la vista, el último puede demandar la destrucción de las que se erijan en contravención a lo acordado.

---

[11] Rico Álvarez y Garza Bandala, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

Capítulo Cuadragésimo
RESPONSABILIDAD CIVIL

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil admite un sentido amplio y otro estricto.

En sentido amplio designa cualquier consecuencia adversa al deudor derivada de su incumplimiento. En el capítulo cuarto de este libro mencionamos que algunas consecuencias desfavorables son la necesidad de resarcir daños y/o perjuicios, la pérdida o suspensión de derechos y la falta de legitimación.[1]

En sentido estricto designa exclusivamente la necesidad de reparar daños y/o perjuicios.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

El Derecho Romano transitó de la responsabilidad personal a la patrimonial.

Durante la época arcaica el deudor respondía del incumplimiento de sus obligaciones con su persona. A finales del periodo arcaico la responsabilidad personal comenzó a ceder su lugar a la patrimonial, tanto por obra del Pretor como de la *Lex Poetelia Papiria.*

B. Código Napoleón

Originalmente admitió tanto la responsabilidad personal como la patrimonial.

La responsabilidad personal permitió solicitar el encarcelamiento del deudor que contravenía dolosa o culposamente su obligación. Fue suprimida por una Ley del 22 de julio de 1867.[2] La responsabilidad patrimonial consistió, al

---

[1] *Cfr.* Ennecerus, Kipp y Wolff, t. 1, *op. cit.*, p. 421.

[2] Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 619.

igual que en el Derecho Romano, en la necesidad de reparar los daños y/o perjuicios derivados del incumplimiento imputable del deudor (artículo 1147).

C. Código Civil de 1884

No admitió la responsabilidad personal. La responsabilidad patrimonial siguió las directrices marcadas por el Derecho Romano y por el Código Napoleón.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Únicamente reguló la responsabilidad civil patrimonial.

III. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En sentido estricto la responsabilidad civil es la necesidad de resarcir los daños y/o perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación imputable al deudor.

A continuación desglosaremos el concepto propuesto.

- Necesidad

La responsabilidad civil es una necesidad jurídica, una imposición dirigida a la persona para que ajuste su conducta a lo prescrito por la norma de Derecho.

Algunos autores utilizan la palabra "obligación" en lugar de "necesidad" para designar la responsabilidad civil.[3] Preferimos la segunda ya que no prejuzga sobre su naturaleza jurídica.

- Resarcir daños y/o perjuicios

El objeto de la responsabilidad civil es la indemnización de los daños y/o perjuicios infligidos al acreedor, es decir, la reparación del deterioro que sufre en su persona o en su patrimonio y/o el resarcimiento de las ventajas que dejó de percibir.

- Derivados del incumplimiento de una obligación

La responsabilidad civil surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación. Es una sanción que debe afrontar quien violenta el orden normativo.

[3] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 456; Rojina Villegas, t. 2, *op. cit.*, p. 291.

- Imputable al deudor

Para que haya responsabilidad civil es necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor, es decir, que pueda atribuirse a su conducta.

El incumplimiento es imputable al deudor si obra con dolo o con culpa, conceptos que examinaremos más adelante.

IV. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De acuerdo con la definición propuesta, para que surja responsabilidad civil es necesaria la presencia de cuatro elementos:

1. Incumplimiento de una obligación;
2. Causación de un daño y/o de un perjuicio;
3. Relación causa-efecto entre el incumplimiento y el daño y/o el perjuicio; y
4. Dolo o culpa del deudor.

A continuación desarrollaremos cada uno.

A. Incumplimiento de una obligación

En el capítulo trigésimo octavo de este libro mencionamos que el incumplimiento es la falta de ejecución de la conducta debida y distinguimos entre la falta absoluta de ejecución y la ejecución de manera distinta a lo acordado o a lo dispuesto por la Ley.

B. Causación de un daño y/o de un perjuicio

El segundo elemento de la responsabilidad civil es la causación de un daño y/o de un perjuicio.

a) Daño

Daño es cualquier detrimento que sufre una persona en su patrimonio o en su ser.

El daño puede ser material o moral. Es material el que afecta el patrimonio. Es moral el que repercute en un aspecto de la persona distinto del patrimonio.

El Código Civil define el daño material de la siguiente manera:

Art. 2108.—Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

El concepto anotado comprende dos aspectos: la esencia del daño material —pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio— y su causa —falta de cumplimiento de una obligación.

El daño material abarca cualquier disminución en el patrimonio, ya sea por reducción del activo, por incremento del pasivo o por ambos.

Por ejemplo, quien destruye una obra de arte ocasiona un daño a su propietario porque suprime un elemento de su activo. El deudor alimentario que incumple y orilla a su acreedor a contraer deudas para proveer a su sustento le produce un daño porque incrementa su pasivo. Quien inutiliza un automóvil ajeno puede generar daños a su propietario tanto por el decremento de su activo (disminución del valor del automóvil) como por el aumento de su pasivo (asunción de deudas para transportarse).

La causa del daño material es, según el artículo 2108, "la falta de cumplimiento de una obligación". La vinculación exclusiva del daño al incumplimiento *de una obligación* le ha valido numerosas críticas al legislador.[4]

Por nuestra parte consideramos comprensible que el artículo 2108 aluda a "la falta de cumplimiento de una obligación", ya que se ubica en el Capítulo intitulado "Consecuencias del incumplimiento *de las obligaciones*". Sin embargo, reconocemos que desde el punto de vista teórico "daño" debe concebirse en términos amplios, como lo hicimos al comienzo de este inciso, de manera que comprenda el material y el moral. Asimismo, no debe hacerse mención de su causa, a fin de abarcar cualquier hipótesis de que pueda derivar.[5]

b) PERJUICIO

La Ley define el perjuicio de la siguiente manera:

> ART. 2109.—Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

El concepto trascrito también comprende dos aspectos: la esencia del perjuicio —privación de cualquier ganancia lícita— y su causa —que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación—.

El perjuicio alude a la falta de obtención de ventajas patrimoniales lícitas, ya sea porque el activo deje de incrementarse o el pasivo de reducirse.

Por ejemplo, el taxista cuyo vehículo no es devuelto a tiempo por un taller mecánico sufrirá un perjuicio durante todos los días que no pueda utilizarlo, ya que su activo no se incrementará de la manera acostumbrada. El deudor cuyo

[4] *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 515-517. BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 244.

[5] Incluso un hecho de la naturaleza puede producir un menoscabo patrimonial, como sucede con el derrumbamiento de un inmueble ocasionado por un terremoto.

acreedor acepta liberarlo a cambio de una prestación que ofrece un tercero sufrirá un perjuicio si éste incumple, ya que su pasivo no disminuirá conforme a lo acordado.

En uno y otro caso el perjuicio se refiere a provechos *que no se obtuvieron.* En ocasiones la distinción entre ventajas no percibidas y detrimentos efectivos puede dificultarse.[6]

Respecto de la causa del perjuicio remitimos a las críticas efectuadas en el inciso que antecede.

c) AUSENCIA DE DAÑOS Y/O DE PERJUICIOS

En nuestro Derecho el incumplimiento que no origina daños y/o perjuicios no faculta al acreedor a obtener una compensación económica del deudor. El primero debe demostrar que la inobservancia de su crédito se tradujo en un deterioro personal o patrimonial o en la falta de obtención de ventajas lícitas, de lo contrario no podrá obtener indemnización alguna.

C. RELACIÓN CAUSA-EFECTO ENTRE EL INCUMPLIMIENTO Y EL DAÑO Y/O EL PERJUICIO

El tercer elemento de la responsabilidad civil es el nexo causal que debe mediar entre el incumplimiento y el daño y/o el perjuicio:

> ART. 2110.—Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

La relación de causalidad a que se refiere el numeral trascrito es uno de los temas más discutidos de la práctica jurídica, principalmente por la dificultad de precisar cuándo se da la relación de causalidad y cuáles son sus límites.[7]

La Doctrina ha elaborado diversas teorías para delimitar la relación causal entre el incumplimiento y los daños y/o perjuicios.[8]

[6] Verbigracia, supóngase que una persona se obliga con el propietario de un museo a entregarle una obra de arte para su exhibición y posteriormente el obligado la destruye intencionalmente. Si el dueño del museo devuelve al público el importe de las entradas sufrirá un daño, ya que verá reducida una parte de su activo efectivamente percibido. Por el contrario, si el dueño del museo no había obtenido contraprestación alguna del público sufrirá un perjuicio, ya que dejará de percibir lo que éste pudo haberle pagado.

[7] *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 237.

[8] *Cfr.* PALUDI, Osvaldo C., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad por el Hecho Propio*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1976.

La discreción del juzgador desempeña un papel fundamental en la delimitación del vínculo causal: "La difícil cuestión de hasta dónde llega el nexo causal —afirman Enneccerus, Kipp y Wolff— no podría resolverse nunca de una manera plenamente satisfactoria mediante reglas abstractas, sino que en los casos de duda ha de resolverse por el juez según su libre convicción ponderando todas las circunstancias...".[9]

D. Dolo o culpa del deudor

El cuarto elemento de la responsabilidad civil es el dolo o culpa del deudor.

a) El dolo y la culpa como elementos de la responsabilidad civil en el Derecho vigente

Para que el deudor incurra en responsabilidad civil no basta con que incumpla su obligación, sino que debe hacerlo dolosa o culposamente.

Con relación al dolo existe una disposición que claramente lo conceptualiza como elemento de la responsabilidad civil:

> Art. 2106.—La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones...

Respecto a la *culpa* no existe una norma que de manera expresa y con alcance general la declare elemento de la responsabilidad civil. Sin embargo, que el deudor deba responder de su incumplimiento culposo resulta de la esencia misma de la obligación, cuya inobservancia debe acarrear consecuencias de Derecho por tratarse de una relación jurídica.

b) Dolo

1. *Concepto de dolo*

El vocablo dolo tiene dos acepciones en el lenguaje jurídico: la primera designa un vicio del consentimiento;[10] la segunda una actitud negativa respecto del cumplimiento de lo prescrito por una norma de Derecho.

El Código Civil no prevé definición alguna del dolo en su segunda acepción.

Desde el punto de vista doctrinal puede conceptualizarse como la intención de incumplir una norma jurídica con el propósito de producir un

[9] Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 67.

[10] "Art. 1815.—Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...". Véase capítulo undécimo.

daño y/o un perjuicio[11] (dolo directo) o con indiferencia del resultado[12] (dolo eventual).[13]

Lo característico del dolo es que *siempre implica el propósito de violar* una regla de Derecho.

2. *Régimen normativo del dolo*

Un concepto claro de dolo permite distinguirlo de la culpa, lo que facilita la aplicación de las normas relativas al primero.

Existen cuando menos tres aspectos que justifican diferenciar el dolo de la culpa.

El primero, que todo incumplimiento doloso que causa un daño y/o un perjuicio genera responsabilidad civil:

> Art. 2106.—La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones...

En contraste, no todo incumplimiento culposo sujeta al deudor a indemnizar los daños y/o perjuicios causados. Verbigracia, el gestor de negocios que obra para evitar un daño inminente al dueño responde de su dolo y de su falta grave, mas no por otras negligencias:

> Art. 1898.—Si la gestión tiene por objeto evitar un daño inminente al dueño, el gestor no responde más que de su dolo o de su falta grave.

El segundo, que el acreedor no puede renunciar a la indemnización que derive del incumplimiento doloso:

> Art. 2106.—La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. *La renuncia de hacerla efectiva es nula.*

Es comprensible que el acreedor no pueda renunciar al derecho a exigir la responsabilidad derivada del dolo. De permitirse habría que admitir la existencia de obligaciones carentes de *haftung*, lo que se opone a la esencia de la figura.

El artículo 2106 no aclara si la nulidad solo afecta a las renuncias efectuadas antes del incumplimiento o también a las verificadas después. En nuestra

[11] Por ejemplo, actúa con dolo directo el abogado que deliberadamente revela los secretos de su cliente con la finalidad de deteriorar su imagen pública.

[12] Por ejemplo, actúa con dolo eventual el arquitecto que conscientemente utiliza materiales de menor calidad que los convenidos siéndole indiferente la posibilidad de que se colapse lo construido.

[13] Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 1, *op. cit.*, pp. 427 y 428. El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 18, menciona los dos tipos de dolo.

opinión solo incide en las realizadas con anterioridad al incumplimiento, ya que una vez acaecido el acreedor podrá liberar a su deudor de prestar la indemnización correspondiente.[14]

El tercero, que solo el incumplimiento doloso confiere al acreedor el derecho a exigir una indemnización por el daño moral derivado de la pérdida o menoscabo de sus bienes:

> ART. 2116.—Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, *a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño;* el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

c) CULPA

1. *Concepto de culpa*

■ Perspectiva legal

El Código Civil pretendió definir la culpa de la siguiente manera:

> ART. 2025.—Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella.

El concepto previsto por el numeral trascrito es criticable cuando menos por dos razones:

La primera, porque limitó la noción de culpa a las obligaciones que importan la conservación de bienes, siendo que cualquier deuda puede ser incumplida culposamente.

La segunda, porque no permite diferenciar la culpa del dolo, ya que quien obra con malicia también puede ejecutar "actos contrarios a la conservación de la cosa" o dejar de ejecutar "los que son necesarios para ella".

Concluimos que desde el punto de vista legal no hay un concepto claro de culpa.

■ Perspectiva doctrinal

En el plano doctrinal la culpa es un vocablo que admite un sentido amplio y otro estricto.[15]

[14] En igual sentido CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 215.

[15] En concordancia con la Doctrina alemana.

En sentido amplio designa toda conducta que permite imputar a una persona los daños y/o perjuicios causados. Este concepto abarca el dolo y la culpa en sentido estricto.[16]

En sentido estricto la culpa es la violación imprudencial de una norma jurídica[17] (culpa inconsciente), así como la intención de incumplirla con la esperanza de no causar daño y/o perjuicio alguno[18] (culpa consciente).[19]

2. *Graduación de la culpa inconsciente*

No todos los descuidos son igualmente reprochables. Los juristas de las escuelas bizantinas y la Doctrina posterior graduaron la culpa inconsciente en función de su mayor o menor gravedad. Con base en este criterio distinguieron entre la grave, la leve y la levísima.

El Código Civil no prevé reglas generales sobre la graduación de la culpa inconsciente, sin embargo, es importante conocerla debido a que el ordenamiento la utiliza al regular los contratos en especial y la gestión de negocios.

■ Culpa grave

La culpa grave o *culpa lata* designa la mayor de las imprudencias. Un texto del Digesto atribuido a Ulpiano la define como "la demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden".[20]

Ejemplo de culpa grave es que el depositario de un automóvil lo deje estacionado en la calle con la llave puesta.

Desde el Derecho Romano ha existido la tendencia a asimilar el régimen de la culpa grave al del dolo, como se desprende de la siguiente línea atribuida a Paulo: "La negligencia grande es culpa, y la culpa grande es dolo".[21]

El Código Civil ha seguido esta tendencia en ocasiones, al responsabilizar a algunas personas únicamente por su dolo *o por su culpa grave*, excluyendo las demás negligencias.[22]

[16] *Cfr.* ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 1, *op. cit.*, pp. 425 y 426; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 503; BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 460; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 312; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 236; MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 183.

[17] Por ejemplo, actúa con culpa inconsciente el arrendatario de un inmueble que olvida comunicar al arrendador la necesidad de reparaciones.

[18] Por ejemplo, actúa con culpa consciente el mandatario que invierte el dinero del mandante en negocios propios esperando no causarle daño o perjuicio alguno.

[19] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 1, *op. cit.*, p. 430. El Código Penal para el Distrito Federal admite ambos tipos de culpa en su artículo 18.

[20] D. 50. 16. 213. §2 "*Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.*"

[21] D. 50. 16. 226. "*Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est.*"

[22] Véase artículo 2292.

Si bien el legislador ha llegado a asimilar, en casos particulares, el régimen del dolo y de la culpa grave, debe tenerse presente que se trata de conceptos distintos.[23] El que dos figuras compartan las mismas reglas en algunas hipótesis no las convierte en una misma. El dolo siempre refleja la intención de violar una norma jurídica, la culpa grave su incumplimiento imprudencial.

- Culpa leve

La culpa leve o *culpa levis* designa la negligencia en que no incurriría una persona ordinaria.

Ejemplo de culpa leve es que el arrendatario olvide pagar una renta a tiempo.

La culpa leve puede ser apreciada *in abstracto* o *in concreto*.

La culpa leve *in abstracto* se refiere a descuidos en que no incurriría un buen padre de familia o, siguiendo la terminología alemana, a la inobservancia de la diligencia exigida en el tráfico.

La culpa leve *in concreto* alude a descuidos en que el deudor no incurriría si se tratare de un asunto suyo.

En la legislación mexicana pueden encontrarse referencias a ambos tipos de *culpa levis*.[24]

- Culpa levísima

La culpa levísima designa la imprudencia en que no incurriría una persona extraordinariamente diligente.

Ejemplo de culpa levísima es que un chofer omita consultar el reporte vial antes de elegir la ruta por la que transportará a su cliente.

En algunos casos la Ley sanciona la culpa levísima del deudor. Verbigracia, el comodatario responde de la pérdida del bien dado en comodato, incluso de la derivada por su culpa levísima, si pudo conservarlo sacrificando uno propio (artículo 2505).

3. *Regla general sobre el grado de culpa inconsciente que origina responsabilidad civil*

El Código Civil no prevé una regla general sobre el grado de culpa en que debe incurrir el deudor para que surja responsabilidad civil.

[23] *Cfr.* BONNECASE, *op. cit.*, p. 875.

[24] Por ejemplo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sanciona la culpa *levis in abstracto* de las instituciones fiduciarias (artículo 391). Por su parte, el Código Civil responsabiliza al gestor de negocios por su culpa *levis in concreto* (artículo 1897).

La ausencia de una regla general solo trasciende cuando el ordenamiento no establece grados específicos de culpa respecto de hipótesis concretas. Por el contrario, cuando sí lo hace debe estarse a lo dispuesto (como sucede en los supuestos de compraventa y de gestión de negocios anteriormente citados).

Para colmar la laguna legislativa pueden asumirse tres criterios:

El primero, que ante la falta de distinción cualquier imprudencia, por mínima que sea, da lugar a responsabilidad civil. Esta solución se inspira en el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* —donde la Ley no distingue, no debemos distinguir—.

El segundo, que el deudor responde de su *culpa levis in concreto* ya que no debe exigírsele más diligencia que la que observa en sus propios negocios. Esta es la opinión de Bejarano Sánchez.[25]

El tercero, que debe atenderse a la fuente y circunstancias de la relación jurídica para determinar el grado de culpa que origina responsabilidad civil. Por ejemplo, si la relación emana de un contrato que solo beneficia al acreedor el deudor debe responder de su culpa grave —verbigracia, el depósito gratuito—; si solo beneficia al deudor debe responder de su culpa levísima —verbigracia, el comodato— y si beneficia a ambas partes debe responder de su culpa *leve* —verbigracia, el arrendamiento—.[26] Este criterio se apoya en la doctrina anterior al Código Napoleón y en las normas que el Código Civil prevé sobre solución de conflictos entre derechos de igual o de diversa naturaleza[27] y sobre interpretación de los contratos.[28]

En nuestra opinión debe seguirse el tercer criterio ya que permite alcanzar soluciones más justas en los casos concretos.

V. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De acuerdo con lo explicado en los antecedentes de este capítulo, el Derecho vigente únicamente atribuye contenido patrimonial a la responsabilidad civil. El deudor responde del incumplimiento con sus "bienes"[29] y no con su persona:

[25] *Cfr.* BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 239 y 240.

[26] En sentido similar GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 505 y 506 y MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 260.

[27] Artículo 20.

[28] Artículo 1857.

[29] En realidad no responde con sus bienes, sino con los derechos reales y de crédito que integran su activo patrimonial. Véase RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA y COHEN CHICUREL, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 250-254.

ART. 2964.—El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables.

A. CONDUCTAS QUE COMPRENDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Código Civil dispone lo siguiente con relación al contenido de la responsabilidad civil:

ART. 2107.—La responsabilidad de que se trata en este Título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

El numeral trascrito concede dos facultades al acreedor: exigir la devolución de lo entregado y la reparación de los daños y/o de los perjuicios sufridos.

a) DEVOLUCIÓN DE LO ENTREGADO

Conforme al artículo 2107 la responsabilidad derivada del incumplimiento comprende, además de la indemnización de los daños y/o perjuicios, "la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso...". La Doctrina no suele prestar suficiente atención a este componente de la responsabilidad, quizá porque lo considera una repetición innecesaria de lo que la Ley prevé al regular el denominado "pacto comisorio tácito".

b) INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y/O PERJUICIOS

Anteriormente desarrollamos los conceptos de daño y de perjuicio. En este inciso nos enfocaremos únicamente a las maneras en que pueden resarcirse.

La palabra indemnizar proviene, como explica Gutiérrez y González, de la unión de los vocablos latinos *in* —sin— y *damnum* —daño—.[30] Atendiendo al origen del vocablo puede deducirse que indemnizar es la acción de dejar sin daño.

Existen dos maneras en que puede "dejarse a alguien sin daño": mediante una restitución natural o mediante una restitución en dinero.

1. *Restitución natural*

- Concepto

La restitución natural consiste en volver las cosas al estado que tendrían de no haberse suscitado el incumplimiento.

[30] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 521.

Por ejemplo, supóngase que el arrendatario de un automóvil lo colisiona culposamente ocasionándole un daño a su propietario. La reparación natural comprenderá la reposición del vehículo a la condición que tenía antes del choque.

- Regulación en el Código Civil

El legislador de 1928 reglamentó la reparación natural dentro del Capítulo destinado a los hechos ilícitos:

ART. 1915.—La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios...

El texto del numeral citado faculta al acreedor a elegir el tipo de indemnización con la que deberán resarcirse los daños y/o perjuicios.

La principal discusión en torno al artículo 1915 es su ámbito de aplicación. Su ubicación dentro del Capítulo sobre los hechos ilícitos y no dentro del relativo a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones ha dado lugar a criterios divergentes: algunos autores sostienen que el derecho de elección solo compete a la víctima de un hecho ilícito o de un riesgo creado, mientras que el acreedor de una deuda contractual incumplida solo puede reclamar la restitución en dinero; por el contrario, otros autores consideran que tanto uno como otro afectado gozan del derecho de elección.

El primer criterio es sostenido por Rojina Villegas.[31] El segundo criterio es seguido por Borja Soriano[32] y por Bejarano Sánchez.[33]

Por nuestra parte consideramos acertado el segundo criterio, es decir, el que atribuye tanto a la víctima del hecho ilícito o del riesgo creado como al acreedor de la obligación contractual la facultad de elegir entre la reparación natural o la reparación en dinero. Fundamos nuestra opinión en dos argumentos:

El primero, que el incumplimiento de la obligación contractual es considerado un hecho ilícito por sí mismo,[34] lo que permite al afectado acogerse a la protección legal correspondiente.

El segundo, que el artículo 1915 no es el único que autoriza a demandar el restablecimiento de una situación previa. En el capítulo anterior comentamos los artículos 2027 y 2028, que facultan a los acreedores de obligaciones de hacer y de no hacer, respectivamente, a pedir que se deshaga lo mal hecho o que

[31] ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 305.
[32] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 465.
[33] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 260 y 262.
[34] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 492-495; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 230.

se destruya la obra material que no debió ser construida, ambas hipótesis de indemnización natural.[35]

De iure condendo debería incluirse una disposición que establezca expresamente el derecho a elegir entre la reparación natural o la dineraria ante la violación de cualquier norma jurídica, emanada o no de la legislación.

2. *Restitución en dinero*

La restitución en dinero consiste en la entrega al afectado de una cantidad equivalente a los daños y/o perjuicios sufridos.

Por ejemplo, supóngase que el depositario de un reloj lo olvida en un transporte público, de manera que no lo puede recuperar. La reparación en dinero comprenderá la entrega al depositante de una suma de dinero equivalente al valor del objeto perdido.

La indemnización pecuniaria procede siempre que la elija el acreedor o cuando la reposición natural sea imposible.

B. Alcances de la indemnización

a) Indemnización compensatoria y moratoria

1. *Concepto*

En razón del tipo de incumplimiento la indemnización puede ser compensatoria o moratoria.

Es compensatoria la que resarce los daños y/o perjuicios derivados *de la falta definitiva de cumplimiento* de una obligación. Por ejemplo, el vendedor que destruye el bien vendido antes de entregarlo al comprador debe prestarle una indemnización compensatoria.

Es moratoria la que resarce los daños y/o perjuicios derivados *del retardo en el cumplimiento* de una obligación. Por ejemplo, el vendedor de un automóvil que tarda en entregarlo al comprador debe prestar una indemnización moratoria que abarque, entre otros, las cantidades que éste erogó para transportarse durante todo el tiempo que duró el retraso.

[35] "Art. 2027.—Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. *En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.*"

"Art. 2028.—El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. *Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.*"

2. *Falta de reglamentación en el Código Civil*

El Código Civil no establece reglas especiales sobre uno y otro tipo de indemnización, sin embargo, ambas indemnizaciones fueron reconocidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[36]

b) Cuantificación de los daños y perjuicios

Por regla general el trasgresor de una norma jurídica debe indemnizar todos los daños y/o perjuicios causados sin sujeción a límite, siempre que sean consecuencia directa e inmediata de su conducta. Las normas legales y contractuales pueden establecer excepciones a esta regla.

1. *Límites legales a la reparación natural*

El Código Civil no señala límite alguno a la reparación natural. El titular del derecho violado puede elegirla con independencia de lo costosa que pueda resultar al infractor.

Por ejemplo, la persona cuyo automóvil fue culposamente impactado puede exigir al responsable que lo restituya al estado en que se encontraba antes de la colisión, aún si los costos de reparación exceden los de un vehículo nuevo.

Opinamos que no debe concederse al afectado la reparación natural cuando la solicita con el único propósito de perjudicar al responsable, sin obtener más utilidad que la que resultaría de la reparación pecuniaria. De permitir la indemnización natural en la hipótesis planteada se tutelaría el abuso del derecho a la indemnización.[37]

2. *Límites legales y cuantificación de la reparación en dinero*

La indemnización pecuniaria está sujeta a reglas especiales cuando tiene por objeto resarcir daños y/o perjuicios derivados de la pérdida o deterioro de bienes, de ataques a la integridad física de las personas o del incumplimiento de obligaciones de dinero.

- Pérdida o deterioro de bienes

El Código Civil distingue entre la pérdida o deterioro absoluto de un bien y su deterioro relativo. Con relación a la pérdida o deterioro absoluto dispone:

[36] Tesis de rubro: "Indemnización moratoria e indemnización compensatoria, distinción entre la", Registro No. 269636, Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, CXVIII, Página: 108, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[37] Artículo 1912.

ART. 2112.—Si la cosa se ha perdido, o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella.

La pérdida de un bien se verifica en los siguientes supuestos:

ART. 2021.—La pérdida de la cosa puede verificarse:
I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio;
II. Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar.

El deterioro absoluto tiene lugar cuando el bien sufre "un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no pueda emplearse en el uso a que naturalmente está destinado". El legislador debió agregar que los bienes absolutamente deteriorados *son irreparables*, a fin de distinguirlos de los relativamente deteriorados. Por ejemplo, una computadora cuyo disco duro deja de funcionar "no puede emplearse en el uso a que naturalmente está destinada", sin embargo, no está absolutamente deteriorada ya que puede repararse.

Respecto al deterioro relativo es aplicable lo siguiente:

ART. 2113.—Si el deterioro es menos grave, sólo el importe de éste se abonará al dueño al restituirse la cosa.

La manera de cuantificar el menoscabo sufrido por la pérdida o deterioro se rige por tres reglas:

La primera, debe considerarse el valor que tendría el bien al tiempo de ser "devuelto", a menos que una disposición legal o convencional ordene algo distinto:

ART. 2114.—El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época.

La norma trascrita debió referirse al momento en que un bien debió ser *entregado* y no solo devuelto, a fin de comprender las hipótesis en que el acreedor nunca tuvo su posesión.

La segunda, la estimación del deterioro debe comprender tanto la disminución de valor del bien como los gastos de reparación:

ART. 2115.—Al estimar el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que él causó en el precio de ella, sino a los gastos que necesariamente exija la reparación.

Si la reparación restituye al bien el valor que tenía antes del deterioro solo deberá cubrirse su importe. Por ejemplo, si un automóvil sufre un deterioro

que disminuye su valor comercial en cinco mil pesos y los gastos de reparación ascienden a tres mil el responsable solo deberá cubrir los últimos, ya que con ésta se surtirá el fin de la indemnización, que es dejar sin daño al afectado. Por el contrario, si la reparación es insuficiente para devolver al bien su valor deberá entregarse tanto el importe de aquélla como la diferencia entre el valor anterior al deterioro y el posterior a la reparación.

La tercera, el valor afectivo que la víctima atribuya al bien solo debe considerarse cuando el trasgresor actúe con el propósito de lastimar los sentimientos de aquélla:

ART. 2116.—Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

El numeral citado regula la reparación del daño moral y no la del daño material. Será objeto de glosa en capítulos siguientes.

■ Ataques contra la integridad física de las personas

Si la violación de una norma jurídica perjudica la integridad física de una persona será aplicable lo siguiente:

ART. 1915.—...
Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en el Distrito Federal y se extenderá al número de días que, para cada una de las incapacidades mencionadas, señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.
Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.
Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.

El segundo párrafo del numeral trascrito limita la responsabilidad del trasgresor al producto del cuádruplo del salario mínimo diario más alto[38] que esté

[38] Los Tribunales han resuelto que el importe de la indemnización debe calcularse con base en el salario mínimo *profesional* más alto en vigor en el Distrito Federal. Véase tesis aislada

en vigor en el Distrito Federal por el número de días que para cada caso de incapacidad o por muerte disponga la Ley Federal del Trabajo.

Resulta incongruente que el responsable de la pérdida o deterioro de un bien deba indemnizar la totalidad de los daños y/o perjuicios causados, sin sujeción a límite, mientras que el causante de una lesión corporal o de la muerte de una persona se vea beneficiada con el tope establecido por el artículo 1915.[39]

En nuestra opinión el límite previsto por el segundo párrafo del artículo 1915 es aplicable únicamente a los *perjuicios* que sufra la víctima del atentado, más no a los *daños*. Si el afectado se ve en la necesidad de recibir atención médica u hospitalaria, así como de adquirir medicamentos o equipo de sanación, los gastos incurridos deberán ser reembolsados en su totalidad por el trasgresor, con independencia del importe a que se refiere el numeral citado. En igual sentido se pronunció el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[40]

La parte final del segundo párrafo del artículo 1915 dispone que en caso de muerte la indemnización corresponderá *a los herederos de la víctima*. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en Jurisprudencia por contradicción de tesis que la reparación solo puede ser reclamada por los herederos del difunto y no por cualquier familiar.[41]

El tercer párrafo del artículo 1915 estatuye la intransmisibilidad del derecho a la indemnización cuando el ofendido es un asalariado, así como su pago preferente en una sola exhibición. De acuerdo con la exposición de motivos de la reforma de 1940 que introdujo esta regla, la intransmisibilidad del crédito indemnizatorio responde al "*propósito de asegurar en lo posible que las indemnizaciones*

intitulada "INDEMNIZACIÓN POR REPARACIÓN DEL DAÑO. EL SALARIO MÍNIMO DIARIO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 1915 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PARA CALCULARLA, ES EL PROFESIONAL MÁS ALTO", con número de registro "167246", *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, XXIX, mayo de 2009, p. 1062.

[39] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 266.

[40] Tesis de rubro: "DAÑO POR RESPONSABILIDAD CIVIL, REPARACIÓN DEL. EN QUÉ CONSISTE", Registro No. 187256, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XV, abril de 2002, Página: 1245, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[41] Tesis de Jurisprudencia intitulada "RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. LOS HEREDEROS DE LA VICTIMA SON LOS LEGITIMADOS PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA. (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1915 Y 1836 DE LOS CÓDIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y EL ESTADO DE JALISCO, A PARTIR DE SUS REFORMAS DEL DIECISEIS DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO Y VEINTIOCHO DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS, RESPECTIVAMENTE)", con número de registro "206772". *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Octava Época, Tercera Sala, 59, noviembre de 1992, p. 18.

beneficien efectivamente a la víctima o a sus familiares". El legislador debió excluir únicamente la transmisibilidad *inter vivos* del crédito, ya que la verificada *mortis causa* está permitida conforme al segundo párrafo del mismo dispositivo.

- Incumplimiento de obligaciones de dinero

El incumplimiento de obligaciones que tienen por objeto la entrega de sumas de dinero también puede generar daños y/o perjuicios. Por ejemplo, se causa un daño si la falta de pago impide al acreedor cubrir una deuda propia que le genera intereses; se causa un perjuicio si le obstaculiza realizar una inversión. En uno y otro caso el importe de la reparación es topado por el Código Civil, salvo pacto en contrario:

> ART. 2117.—...
> Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

Conforme a la norma trascrita el monto de la indemnización se limita al del interés legal, salvo pacto en contrario. El interés legal en materia Civil asciende a nueve por ciento anual:

> ART. 2395.—El interés legal es el nueve por ciento anual...

Respecto a lo previsto por el segundo párrafo del artículo 2117 es importante hacer dos aclaraciones:

La primera, el mero incumplimiento es insuficiente para generar el derecho a una indemnización. El acreedor de una suma de dinero —como cualquier otro— debe probar que la falta de pago le produjo daños y/o perjuicios, de lo contrario no podrá reclamar reparación alguna.[42]

La segunda, el hecho de que el acreedor pueda exigir una indemnización *que no exceda del interés legal* no significa que siempre pueda demandar este importe. Para obtener el nueve por ciento anual es necesario que los daños y/o perjuicios sufridos sean iguales o superiores a esta cifra.[43]

[42] *Cfr.* BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 466 y 467.

[43] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, t. 2, *op. cit.*, p. 304. Por ejemplo, si como consecuencia de la falta de pago el acreedor se vio impedido a realizar una inversión por la que obtendría un rendimiento de 7% anual, no puede exigir una indemnización por el interés legal ya que éste excedería en 2% el provecho originalmente esperado. Por el contrario, si la inversión que pretendía realizar produciría un rendimiento de 15% anual solo podrá reclamar el importe del interés legal salvo convenio en contrario.

No obstante lo explicado en los párrafos que anteceden, es de tomarse en cuenta lo previsto por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

> ART. 259.—Los efectos del emplazamiento son:...
> V. Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos.

De acuerdo con la disposición anotada uno de los efectos del emplazamiento es "originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos". El emplazamiento es un acontecimiento que produce consecuencias jurídicas propias, como la generación de "intereses legales".[44] Es necesario conciliar lo previsto por el numeral trascrito con lo comentado anteriormente.

Los acreedores que sufren daños y/o perjuicios iguales o superiores al interés legal pueden reclamar el importe de éste *desde el día en que el deudor incurrió en mora* y no hasta que se haya verificado el emplazamiento. Para estos acreedores el ordenamiento adjetivo no les provee ventaja alguna.

Por su parte, los acreedores que no sufren daños y/o perjuicios o que los sufren en cuantía menor al interés legal resultan beneficiados por la norma procesal, ya que les permite obtener una cantidad que de otro modo no conseguirían.

El crédito indemnizatorio del primer tipo de acreedores tiene por fuente el incumplimiento y exige la acreditación de daños y/o perjuicios así como la de su monto. El del segundo tipo tiene por fuente el emplazamiento y no requiere las pruebas mencionadas.[45]

VI. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Las excluyentes de responsabilidad son hipótesis o circunstancias que impiden el surgimiento de las consecuencias desfavorables que siguen al incumplimiento de una obligación.

A. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

El caso fortuito o fuerza mayor es la principal excluyente de responsabilidad civil:

[44] Gutiérrez y González explica con acierto que el emplazamiento no origina *intereses* de ningún tipo, ya que el interés es un rendimiento emanado de una causa lícita. Lo que la legislación adjetiva denomina "interés legal" es en realidad un crédito indemnizatorio cuantificado con base en aquél (*op. cit.*, pp. 539-543).

[45] El crédito indemnizatorio derivado del emplazamiento se asemeja a los daños punitivos que comentamos al desarrollar los elementos de la responsabilidad civil.

> ART. 2111.—Nadie está obligado al caso fortuito...

La norma trascrita se inspira en la máxima "nadie está obligado a lo imposible".[46]

a) CONCEPTO

El caso fortuito o fuerza mayor es el acontecimiento imprevisible o inevitable que imposibilita el cumplimiento de una obligación.

A continuación desglosaremos el concepto propuesto.

- Acontecimiento

El caso fortuito o fuerza mayor es un acontecimiento, es decir, un hecho que trasciende al mundo exterior.

- Imprevisible o inevitable

El acontecimiento que imposibilita el cumplimiento de la obligación debe ser imprevisible o inevitable.

Es imprevisible lo que no puede anticiparse, como los temblores, los tornados o la comisión de algunos delitos.

Es inevitable lo que no puede impedirse, como las guerras, la muerte o la promulgación de una Ley.

El carácter imprevisible o inevitable del acontecimiento es relativo,[47] por lo que debe definirse en cada relación concreta.[48] Algunos autores han optado por definir el caso fortuito o fuerza mayor en sentido negativo, como un hecho carente de culpa, a fin de prescindir del relativismo que impregna los términos "imprevisible" e "inevitable".[49]

- Imposibilita el cumplimiento de una obligación

El acontecimiento debe imposibilitar el cumplimiento de la obligación, debe sustraer toda posibilidad al pago.

Por ejemplo, el tenor que se queda afónico antes de una presentación no puede cumplir su compromiso de modo alguno. Lo mismo ocurre con quien debía entregar un caballo que perece en una inundación.

[46] D. 50. 17. 185. "*Impossibilium nulla obligatio est*". "Es nula la obligación de cosas imposibles".

[47] CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, pp. 217 y 218.

[48] Por ejemplo, el cierre de carreteras por manifestantes es inevitable para el habitante ordinario, pero puede no serlo para el encargado del tránsito o de la seguridad pública de un lugar.

[49] *Cfr.* RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

La Doctrina enfatiza que el caso fortuito o fuerza mayor debe *imposibilitar* el cumplimiento y no solo *hacerlo más difícil u oneroso*.[50] Cuando el acontecimiento imprevisible o inevitable dificulta el pago o incrementa su onerosidad el deudor puede demandar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, siempre que se satisfagan los demás requisitos que exige la Ley.[51]

b) ORIGEN DEL ACONTECIMIENTO IMPREVISIBLE O INEVITABLE

De acuerdo con Bonnecase el acontecimiento imprevisible o inevitable puede emanar de la autoridad, de la naturaleza o de la conducta de terceros que no ejercen cargos de autoridad.[52]

La actuación de la autoridad puede imposibilitar el cumplimiento de una obligación. Por ejemplo, quien promete vender un inmueble no podrá cumplir la deuda derivada de la promesa si aquél es expropiado por el Estado. La Doctrina denomina "hechos del príncipe" o "actos del soberano"[53] a esta clase de acontecimientos.

Los fenómenos naturales también pueden impedir el pago. Por ejemplo, quien debía pintar una casa no podrá cumplir su obligación si es derrumbada por un temblor.

La conducta de terceros que no ejercen funciones de autoridad es la tercera fuente del caso fortuito o fuerza mayor. Por ejemplo, el abogado que debía asistir a una audiencia en representación de su cliente no podrá cumplir su obligación si en el trayecto al Tribunal un tercero colisiona accidentalmente su vehículo con el de aquél ocasionándole lesiones por las que deba ser hospitalizado.

c) RELACIÓN ENTRE EL TIEMPO Y LA IMPREVISIBILIDAD O INEVITABILIDAD

En materia de caso fortuito o fuerza mayor es preciso distinguir dos momentos: aquel en que se contrae la obligación y el posterior a su nacimiento y anterior al pago.

1. *Momento en que se contrae la obligación*

Al momento de crearse la obligación el acontecimiento que imposibilitará su pago y excluirá la responsabilidad debe ser *imprevisible* para el deudor. Si es

[50] *Cfr.* BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 293.

[51] Véase capítulo décimo quinto.

[52] BONNECASE, *op. cit.*, p. 838.

[53] RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, p. 137.

imprevisible y *evitable* incurrirá en responsabilidad en caso de incumplimiento. Si es *previsible* e *inevitable*[54] pueden asumirse criterios distintos:

Rojina Villegas opina que el deudor deberá responder de su incumplimiento:

> Sí creemos que sea esencial el que tales sucesos sean imprevisibles en el momento de contratar —comenta—, pues si a pesar de su probable realización el deudor se obligare, entonces querría decir que lo hacía corriendo el riesgo consiguiente, es decir, a pesar del caso fortuito o de la fuerza mayor y, en esta hipótesis, habría que considerar aplicable lo dispuesto por el artículo 2111.[55]

A nuestro juicio debe distinguirse entre la imposibilidad *objetiva* y la *subjetiva*:[56]

Si al momento en que pretendió contraerse una obligación era previsible para el deudor que ocurriría un hecho que haría el pago *objetivamente* imposible —es decir, que ninguna persona podría cumplir— no nacerá deuda alguna.[57] El acreedor que no hubiere podido prever el acontecimiento podrá exigir la reparación de los daños y/o perjuicios que sufra *por haber confiado en la eficacia del contrato.*

En contraste, si al momento en que se contrajo la obligación era previsible para el deudor que ocurriría un hecho que haría el pago *subjetivamente* imposible —es decir, que solo impedirá a él cumplir— nacerá la deuda y surgirá responsabilidad en caso de incumplimiento.[58]

2. *Periodo posterior al nacimiento de la obligación y anterior al pago*

Durante el tiempo posterior al nacimiento de la obligación y anterior a su cumplimiento el acontecimiento puede ser previsible o imprevisible, *pero debe ser inevitable.*

Por ejemplo, supóngase que una persona vende a otra sustancias que se encontraban en el comercio al celebrarse el contrato y acuerdan que su entrega se efectuará a los 6 meses. Al mes siguiente de celebrado el contrato el Con-

[54] Por ejemplo, supóngase que un guía turístico se obliga a llevar a una persona a conocer un inmueble histórico a sabiendas que antes del día acordado para la visita el inmueble será demolido.

[55] ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 363.

[56] Un criterio similar al nuestro fue sostenido con anterioridad por ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v.1, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

[57] "ART. 1827.—El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible;..."

"ART. 1828.—Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

[58] "ART. 1829.—No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él."

greso de la Unión aprueba una Ley que sustrae del comercio las sustancias vendidas, quedando pendiente su promulgación y publicación por el Ejecutivo. En este caso es *previsible* que el cumplimiento será imposible, pero el vendedor no incurrirá en responsabilidad ya que la falta de pago se deberá a un acontecimiento *inevitable*.

Es necesario resaltar que cuando el acontecimiento sea *previsible* e *inevitable* la responsabilidad solo quedará excluida si éste provoca el incumplimiento y no el dolo o la culpa del deudor. Por ejemplo, supóngase que un abogado no puede llegar a una audiencia debido al tráfico ocasionado por una marcha de manifestantes *anunciada semanas antes*. En este supuesto la marcha es un acontecimiento *previsible* —dado que fue anunciada semanas antes— e *inevitable* —dado que el deudor no podía hacer algo para impedirla—, sin embargo, no excluirá la responsabilidad del abogado ya que pudo utilizar una vía alterna u otro medio de transporte para asistir a la audiencia. La imprudencia del obligado y no la marcha fue la que produjo el incumplimiento.

d) DISTINCIÓN ENTRE EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

1. *Perspectiva legal*

El Código Civil no distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor. En algunos de sus artículos menciona ambas expresiones,[59] en otros solo alude al caso fortuito[60] y en otros solo a la fuerza mayor.[61]

2. *Perspectiva doctrinal*

El debate sobre la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor es uno de los más antiguos en la ciencia jurídica.

En la Doctrina nacional los comentaristas de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 consideraron que las expresiones "caso fortuito" y "fuerza mayor" eran sinónimas desde el punto de vista legal, pero podían distinguirse en el plano teórico:

[59] Sirva de ejemplo el siguiente:

"ART. 1045.—El impedimento temporal por *caso fortuito o fuerza mayor*, no extingue el usufructo, ni da derecho a exigir indemnización del propietario."

[60] Sirva de ejemplo el siguiente:

"ART. 1900.—El gestor responde aun del *caso fortuito* si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio tuviere costumbre de hacerlas; o si hubiere obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio."

[61] "ART. 1932.—Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:...

III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por *fuerza mayor*;"

Siempre ha empleado la ley las palabras *fuerza mayor* y *caso fortuito* como sinónimas y expresando una misma idea —explica Mateos Alarcón—; pero los jurisconsultos han distinguido, diciendo que la frase *fuerza mayor* implica la idea de un accidente que debe su origen a la naturaleza, y el *caso fortuito* expresa la de un hecho debido al hombre.[62]

Los autores contemporáneos asumen una de dos posturas: que las expresiones caso fortuito y fuerza mayor designan acontecimientos distintos o que designan uno mismo.

Rojina Villegas[63] y Martínez Alfaro[64] sostienen la primera postura. Afirman que el caso fortuito es el *acontecimiento natural* inevitable y la fuerza mayor *el hecho del hombre* inevitable. Sin embargo, reconocen que la distinción no es aceptada por el Código Civil. De la Peza Muñoz Cano[65] y Galindo Garfias[66] consideran que el caso fortuito es el suceso *inesperado* y la fuerza mayor el *irresistible*, sin embargo, el primero admite que la distinción es meramente académica y carece de interés práctico.

Borja Soriano,[67] Gutiérrez y González[68] y Bejarano Sánchez[69] sostienen la segunda postura, es decir, consideran que el caso fortuito y la fuerza mayor designan un mismo tipo de acontecimiento.

3. *Perspectiva judicial*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado por la equivalencia legal del caso fortuito y de la fuerza mayor.[70]

4. *Opinión personal*

En nuestra opinión las expresiones "caso fortuito" y "fuerza mayor" pueden distinguirse en el plano lingüístico pero no en el jurídico.

[62] MATEOS ALARCÓN, *op. cit.*, p. 202.

[63] ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, pp. 360-362.

[64] MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, pp. 269-271.

[65] DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 141.

[66] GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, p. 204.

[67] BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 474 y 475.

[68] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 560.

[69] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 293.

[70] Tesis de rubro: "CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. ELEMENTOS", Registro No. 245709, Localización: Séptima Época, Instancia: Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 121-126, Séptima Parte, Página: 81, Tesis Aislada, Materia(s): Laboral.

En el lenguaje coloquial la expresión "caso fortuito" evoca la idea de un evento imprevisible,[71] mientras que "fuerza mayor" la de uno inevitable.

En el lenguaje jurídico una y otra expresión designan el acontecimiento imprevisible o inevitable que imposibilita el cumplimiento de una obligación. Consideramos que cuando la Ley utilice ambas o solo una deberá entenderse la misma idea.

e) EXCEPCIONES A LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

El deudor debe responder del incumplimiento provocado por caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes supuestos:

> ART. 2111.—Nadie está obligado al caso fortuito *sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone.*

Conforme al numeral trascrito el deudor "está obligado al caso fortuito"[72] en tres casos: cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad y cuando la Ley se la impone.

1. *Causación o contribución al caso fortuito o fuerza mayor*

La responsabilidad no queda excluida si la conducta del deudor "generó" el caso fortuito o fuerza mayor o contribuyó a él.

Por ejemplo, el vendedor que no entrega a tiempo el caballo vendido debe indemnizar al comprador si el animal es robado durante el tiempo que aquél estuvo en mora.

En nuestra opinión la responsabilidad de quien "causa" o "contribuye" al caso fortuito o fuerza mayor se funda en su dolo o en su culpa y no en la excepción establecida por el artículo 2111.[73]

2. *Aceptación expresa de responsabilidad*

El deudor puede asumir voluntariamente la responsabilidad resultante del caso fortuito o fuerza mayor.

[71] Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra "fortuito" es sinónima de "inopinado", que significa: "que sucede sin haber pensado en ello, o sin esperarlo".

[72] Es desafortunada la expresión utilizada por el legislador, ya que el deudor no "está obligado al caso fortuito", sino a responsabilizarse por el incumplimiento derivado de éste. *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 567.

[73] El mismo criterio fue sostenido por ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 359. En igual sentido BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 475.

La Ley exige que la aceptación sea *expresa*, lo que excluye la posibilidad de que el consentimiento sea manifestado *tácitamente*.

La cláusula que impone al deudor responsabilidad ante el caso fortuito o fuerza mayor no constituye una excepción a la máxima "nadie está obligado a lo imposible". El deudor no se obliga a ejecutar una conducta que se ha vuelto imposible —*schuld*—, sino a prestar la indemnización correspondiente —*haftung*— que siempre puede tasarse en una suma de dinero.[74]

3. *Imposición legal*

La Ley también puede imponer responsabilidad al deudor ante el caso fortuito o fuerza mayor.

La imposición generalmente se apoya en una de dos razones: en el propósito de reprimir una conducta o en proteger al autor de una liberalidad.

Como ejemplo de la primera sirva lo previsto por el siguiente numeral:

> ART. 1900.—El gestor responde aun del caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio tuviere costumbre de hacerlas; o si hubiere obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio.

Como ejemplo de la segunda sirva lo preceptuado por la siguiente norma:

> ART. 2506.—Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aun cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio, si no hay convenio expreso en contrario.

f) EFECTOS DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

El efecto principal del caso fortuito o fuerza mayor es excluir la responsabilidad civil que puede derivar del incumplimiento de una obligación.

Algunos autores sostienen que el caso fortuito o fuerza mayor libera al deudor de la obligación respectiva: "El caso fortuito —anota Castán Tobeñas— libera al deudor del cumplimiento de la obligación y de la responsabilidad por los daños y perjuicios que sufra el acreedor".[75]

[74] Quien vende una obra de arte a un museo puede aceptar la responsabilidad derivada del caso fortuito o fuerza mayor. Lo anterior no significa que el vendedor se constriña a entregarla aún cuando sea imposible hacerlo —por ejemplo, porque haya perecido en un incendio—, sino que admite resarcir los daños y/o perjuicios que resulten de la falta de entrega —por ejemplo, el importe de las entradas que el museo dejará de percibir por la exhibición de la pieza—.

[75] CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 223.

La afirmación trascrita es incorrecta: el caso fortuito o fuerza mayor excluye la responsabilidad civil, pero no necesariamente extingue la deuda.

Si la imposibilidad de cumplimiento es *definitiva* el caso fortuito o fuerza mayor extinguirá la obligación y excluirá la responsabilidad:

Por ejemplo, el arrendatario que no puede devolver el automóvil rentado porque fue destruido por un grupo de maleantes se verá liberado tanto de su obligación como de responsabilidad civil.

Por el contrario, si la imposibilidad de cumplimiento solo es *transitoria*, de manera que el pago pueda tener lugar una vez superado el obstáculo, el caso fortuito o fuerza mayor excluirá la responsabilidad pero no extinguirá la deuda:[76]

Por ejemplo, supóngase que una persona vende un piano en la Ciudad de México y se obliga a entregarlo en Guadalajara al día siguiente. Durante el trayecto el vehículo que transportaba el bien vendido colisiona con un árbol debido a las condiciones del suelo, lo que impide que sea entregado el día acordado. En esta hipótesis el vendedor no incurrirá en responsabilidad, ya que el incumplimiento fue causado por un hecho que no le es imputable. Sin embargo, su obligación subsistirá y deberá entregar el piano tan pronto como sea posible.

En igual sentido opinan Ennecerus, Kipp y Wolff.[77]

B. Culpa del perjudicado

La responsabilidad del deudor queda excluida si el incumplimiento se debe a la culpa del perjudicado.

a) Ámbito de aplicación

La excluyente objeto de estudio impide el surgimiento tanto de "responsabilidad contractual" como "extracontractual".

1. *Exclusión de "responsabilidad contractual"*

El deudor que incumple la obligación nacida de un contrato por un hecho atribuible al acreedor queda libre de responsabilidad.

Por ejemplo, el profesionista contratado para revisar la instalación eléctrica de una casa no incurre en responsabilidad si el día acordado para su visita el

[76] Lo que reconoce Castán Tobeñas en párrafos siguientes:

"Si la imposibilidad (total o parcial) no es definitiva, sino meramente temporal, el deudor no responde de la mora mientras actúe el caso fortuito...". *Ibid.*, p. 224.

[77] Ennecerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 245.

acreedor no se encuentra en el inmueble y olvida encargar que se le permita el acceso.

El Código Civil prevé esta regla, pero referida a casos específicos. Sirvan de fundamento las siguientes disposiciones:

> Art. 1847.—No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable.

> Art. 2140.—El que enajena no responde por la evicción:...
> VII. Si la evicción tuvo lugar por culpa del adquirente.

En nuestra opinión lo previsto por los numerales trascritos puede extenderse a cualquier supuesto en que el incumplimiento de una obligación contractual se deba a un hecho del acreedor. *De iure condendo* proponemos la inclusión de un artículo que incorpore esta regla.

2. *Exclusión de "responsabilidad extracontractual"*

La persona que trasgrede una norma jurídica emanada de la Ley o, en general, de una fuente distinta del contrato no incurre en responsabilidad si la violación es imputable a la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Por ejemplo, el conductor de un automóvil no es responsable si impacta la puerta de otro vehículo cuyo propietario imprudentemente dejó abierta en una calle transitada.

La culpa o negligencia inexcusable de la víctima excluye tanto la responsabilidad subjetiva como la objetiva. En lo relativo a la primera la Ley dispone:

> Art. 1910.—El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, *a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*[78]

Respecto a la responsabilidad objetiva rige lo siguiente:

> Art. 1913.—Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, *a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*

[78] El artículo 1910 también es aplicable a quien incumple un contrato ya que obra "ilícitamente", de acuerdo con lo que estudiaremos en páginas siguientes.

Tanto el artículo 1910 como el 1913 aluden a la culpa o negligencia *inexcusable* de la victima. Bejarano Sánchez sostiene que por culpa *inexcusable* debe entenderse *culpa grave*:

> En este punto —explica Bejarano Sánchez— debe insistirse que la falta liberatoria del autor no es cualquier culpa o error de conducta del perjudicado, pues una culpa leve o levísima no exonera de responsabilidad al causante del hecho perjudicial. Sólo opera como excluyente la culpa inexcusable, esto es, la culpa grave, grosera, la falta de conducta inusual que sólo cometen las personas más torpes.[79]

Los Tribunales han dado una interpretación distinta a la expresión "culpa o negligencia inexcusable:

> RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. QUE SE ENTIENDE POR CULPA O NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LA VICTIMA, PARA LOS EFECTOS DE LA. (ARTÍCULO 1402 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO).—Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa, o deja de ejecutar los que son necesarios para ello. Luego, será inexcusable cuando, de acuerdo a las circunstancias personales de la víctima (edad, capacidad, raciocinio, etcétera), no le sea perdonable la inobservancia de un deber de cuidado que le incumbía; esto es, cuando dadas aquellas características personales no sea factible exigirle que extreme precauciones, a fin de que no sea dañado.[80]

El criterio judicial trascrito dista de entender la culpa *inexcusable* como culpa *grave*, máxime que en su parte final determina: "*no sea factible exigirle* —a la víctima— *que extreme precauciones, a fin de que no sea dañado*". La "extrema precaución" es una idea incompatible con la culpa grave.

Por nuestra parte coincidimos con la interpretación del órgano jurisdiccional. Consideramos que los vocablos "culpa inexcusable" pueden referirse a cualquier grado de culpa, por lo que debe atenderse a las circunstancias personales de la víctima para determinar lo que le es excusable para ella y lo que no.[81]

b) AUSENCIA DE CULPA O NEGLIGENCIA

La exclusión de responsabilidad por culpa o negligencia de la víctima exige que ésta *pueda actuar con culpa o negligencia*.

---

[79] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 291.

[80] Registro No. 203656, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, II, diciembre de 1995, Página: 568, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[81] Por ejemplo, lo que es inexcusable para un arquitecto puede no serlo para el albañil que trabaja con él, suponiendo que ambos sufran un daño en la misma obra y por el mismo hecho.

Por ejemplo, el conductor de un automóvil que atropella a un médico de 35 años que descuidó ver la luz roja del semáforo peatonal puede argumentar que los daños y/o perjuicios infligidos son consecuencia de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Por el contrario, si el atropellado fue un niño de 3 años que desconoce el significado y función de un semáforo peatonal difícilmente podrá decirse que actuó con culpa o negligencia. Las acciones u omisiones de los menores de cierta edad, así como las de quienes sufren algunas discapacidades mentales, no pueden recibir el calificativo de "imprudentes".

Lo expuesto en el párrafo que antecede es de suma importancia, ya que el trasgresor de una norma jurídica no puede excluir su responsabilidad arguyendo la culpa o negligencia inexcusable de la víctima si ésta no pudo actuar culposa o negligentemente. Lo anterior fue reconocido por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[82]

C. CLÁUSULA DE NO RESPONSABILIDAD

La responsabilidad civil puede ser excluida por una norma convencional que así lo establezca:

> ART. 2117.—La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa...

El numeral trascrito sirve de fundamento a dos tipos de cláusulas: a la de no responsabilidad y a la penal. La última será estudiada en capítulos siguientes.

La cláusula de no responsabilidad excluye la que pueda generarse por la violación de una norma emanada de la Ley o de un contrato.

Los particulares pueden regular la responsabilidad excepto la que llegue a resultar de un incumplimiento doloso:

> ART. 2106.—La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. *La renuncia de hacerla efectiva es nula.*

De seguir la doctrina que asimila la culpa grave al dolo la cláusula de no responsabilidad tampoco excluirá la derivada de aquélla.

---

[82] Tesis de rubro: "RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA, EXIMENTE DE CULPA POR NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LA VICTIMA CUANDO ESTA ES UN MENOR", Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XI, enero de 1993, Página: 322, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

D. No causación de daños y/o perjuicios

Tampoco surge responsabilidad civil si el incumplimiento de una norma jurídica no ocasiona daño y/o perjuicio alguno.

El objeto de la responsabilidad civil es la indemnización de daños y/o perjuicios por lo que no puede nacer si falta un menoscabo que deba ser reparado: "El acreedor —afirman Planiol y Ripert— sólo puede obtener una indemnización si demuestra que el incumplimiento o retraso en la ejecución de la obligación le ha causado un daño. Sin eso, ¿de qué puede quejarse? Sin interés, no hay acción".[83]

Como excepciones a que la falta de daños y/o perjuicios excluyan la responsabilidad civil pueden citarse la cláusula penal y los daños punitivos, según lo comentado al analizar el concepto de daño y de perjuicio.

VII. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

A. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

a) Perspectiva legal

Desde el punto de vista legal no hay un reconocimiento claro y terminante de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

La única mención que prevé el ordenamiento sobre la independencia conceptual de una y otra categoría se encuentra en la regulación del daño moral:

> Art. 1916.—...
>
> Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en *responsabilidad contractual como extracontractual*. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La disposición trascrita obliga a indemnizar el daño moral derivado de la violación de una norma contractual o legal. Sujeta a ambas responsabilidades al mismo régimen.

[83] Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 632.

Algunos juristas han tratado de fundamentar el reconocimiento legislativo de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual en que los hechos ilícitos y la responsabilidad objetiva, considerados fuentes de responsabilidad extracontractual, fueron regulados en los artículos 1910 y siguientes, ubicados dentro del Capítulo relativo a "las obligaciones que nacen de los actos ilícitos"; por su parte, el incumplimiento de las obligaciones, considerado fuente de responsabilidad contractual, fue regulado en los artículos 2104 y siguientes, ubicados dentro del Capítulo intitulado "Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones".

Este razonamiento carece de base, ya que *el incumplimiento de una obligación* contractual o legal —como la alimentaria— *es un hecho ilícito* por sí mismo,[84] por lo que está sujeto a las normas de ambos Capítulos.

b) Perspectiva judicial

Los órganos jurisdiccionales se han pronunciado a favor de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.[85]

c) Perspectiva doctrinal

A continuación expondremos los argumentos de quienes admiten la distinción entre uno y otro tipo de responsabilidad, los de quienes la niegan y concluiremos con nuestra opinión al respecto.

1. *Autores que admiten la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual*

Entre los autores que admiten la dualidad responsabilidad contractual/extracontractual pueden citarse a Borja Soriano,[86] a Rojina Villegas[87] y a Galindo

[84] Por "hecho" debe entenderse "lo que actualiza una hipótesis normativa". El incumplimiento de un contrato viola *indirectamente* la Ley al contravenir el principio *pacta sunt servanda* reconocido por el siguiente artículo:

"Art. 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. *Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes...*"

[85] Como referencia sirva la siguiente tesis emitida en el año de 2008 por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de rubro: "Daño contractual y daño extracontractual. su diferencia", Registro No. 168952, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XXVIII, septiembre de 2008, Página: 1251, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[86] Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 456 y 457.

[87] Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, pp. 343-358.

Garfias.[88] Los argumentos principales que utilizan para justificar la distinción son los siguientes:

PRIMERO. La responsabilidad extracontractual se funda en la comisión de un hecho ilícito, sin que medie relación jurídica alguna entre el responsable y la víctima. La contractual surge por el incumplimiento de una obligación preexistente.[89]

SEGUNDO. La distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual fue admitida por el legislador al regularlas en Capítulos separados.[90]

TERCERO. La responsabilidad extracontractual faculta al ofendido a elegir entre la reparación natural o la dineraria. La contractual solo permite demandar la indemnización dineraria.[91]

CUARTO. Quien demanda el pago de la responsabilidad extracontractual debe probar el dolo o la culpa del trasgresor, no así quien exige la contractual.[92]

QUINTO. La responsabilidad extracontractual tiene naturaleza reparadora. La contractual reparadora *y* sancionadora.[93]

2. *Autores que niegan la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual*

Entre los autores que niegan la dualidad responsabilidad contractual/extracontractual pueden citarse a Gutiérrez y González[94] y a Bejarano Sánchez.[95] Los argumentos que esgrimen para defender su criterio son los siguientes:

PRIMERO. Tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual emanan de la misma fuente: la comisión de un hecho ilícito.[96]

SEGUNDO. Toda responsabilidad civil es extracontractual. La mal llamada "responsabilidad contractual" no nace del contrato, sino de su violación, que se ubica fuera de él y no es parte de su esencia.[97]

---

[88] GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, pp. 219-228.

[89] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 457; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, pp. 343 y 344; GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, p. 225. BORJA SORIANO y ROJINA VILLEGAS aclaran que la obligación preexistente puede emanar tanto de un contrato como de una declaración unilateral de voluntad y en ambos casos su contravención dará lugar a responsabilidad contractual.

[90] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 457; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 348.

[91] ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 305.

[92] Ibid., pp. 351 y 352; GALINDO GARFIAS, *op. cit.* p. 219.

[93] GALINDO GARFIAS, *op. cit.*, p. 226.

[94] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 491-503.

[95] Bejarano Sánchez reconoce el carácter unitario de la responsabilidad civil, pero admite algunas diferencias "de grado" entre la contractual y la extracontractual. BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 228-232.

[96] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 494 y 495; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 229.

[97] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 495; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 230.

TERCERO. El hecho de que el Código Civil destine dos Capítulos a regular la responsabilidad no justifica la diferenciación entre la contractual y la extracontractual, sino que denota el desconocimiento del legislador del carácter unitario de aquélla.[98]

3. *Opinión personal*

Por nuestra parte sostenemos la tesis unitaria de la responsabilidad civil, por lo que no encontramos utilidad ni justificación en distinguir la contractual de la extracontractual. La responsabilidad es la misma independientemente de que emane del incumplimiento de una norma legal o contractual. En uno y otro supuesto el legislador podrá acentuar o restringir sus alcances —por ejemplo, atendiendo a la buena o mala fe del infractor—, relevar o no al afectado de probar el dolo o la culpa del trasgresor, imponer una sanción en adición a la reparación de los daños y/o perjuicios causados, etc., sin que se vea afectada su esencia. En palabras de Planiol y Ripert:

> Tanto ha permeado la idea de un dualismo en materia de culpa, que un tratadista reciente sostiene que la distinción entre la culpa delictuosa y la contractual no es *discutible seriamente*. Pero, debemos entendernos sobre este punto: si se trata de hacer una distinción en la práctica, entre las obligaciones contractuales y las legales, quizás se encuentre alguna disposición de la ley positiva que confiera interés a esta distinción; pero si se pretende establecer una diferencia específica entre las culpas, desde el punto de vista racional y doctrinario, la distinción comúnmente admitida no sólo es discutible, sino que carece de sentido y de razón de ser. *La naturaleza de la obligación violada carece de influencia sobre la culpa.*[99]

Procederemos a referirnos a cada uno de los argumentos desarrollados por quienes siguen la tesis dualista.

RÉPLICA AL PRIMER ARGUMENTO. Es falso que la responsabilidad extracontractual no suponga una obligación o relación jurídica entre el trasgresor y la víctima. Las normas que emanan del procedimiento legislativo, al igual que las derivadas de los contratos y de otros actos jurídicos, son imperativo-atributivas porque facultan y constriñen simultáneamente: crean acreedores y deudores. Afirmar que la persona que viola la Ley no era deudora de una conducta y que el afectado no era acreedor de ésta equivale a decir que las normas legales se vuelven jurídicas hasta su incumplimiento. Como afirmamos al inicio de este capítulo: la responsabilidad —*haftung*— es la consecuen-

---

[98] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 498 y 499; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 229.

[99] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 792.

cia adversa que sigue al incumplimiento y no puede haber incumplimiento sin relación jurídica.

RÉPLICA AL SEGUNDO ARGUMENTO. Es falso que el Código Civil admita la doctrina dualista por haber reservado un Capítulo a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos y otro a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones. El lenguaje utilizado en las disposiciones de uno y otro las hace aplicables ante la violación de una norma legal o de una contractual. Verbigracia, quien trasgrede la Ley debe indemnizar los daños y/o perjuicios *definidos y delimitados* en el segundo Capítulo; quien incumple una obligación contractual debe resarcir *el daño moral* regulado en el primer Capítulo.

RÉPLICA AL TERCER ARGUMENTO. Es falso que la responsabilidad contractual solo faculte a la indemnización dineraria. El incumplimiento de una obligación es un hecho ilícito que concede al acreedor el derecho a elegir entre la reparación natural o la dineraria según el artículo 1915. Asimismo, los artículos 2027 y 2028 permiten a los acreedores de obligaciones de hacer y de no hacer —producidas por Ley o por contrato—, respectivamente, exigir que se deshaga lo mal hecho o lo que no debía hacerse, ambas hipótesis de reparación natural.

RÉPLICA AL CUARTO ARGUMENTO. No encontramos fundamento que de manera general[100] releve a los "acreedores contractuales" y no a los "extracontractuales" de la carga de probar el dolo o la culpa del trasgresor.[101]

RÉPLICA AL QUINTO ARGUMENTO. Es falso que la responsabilidad contractual tenga naturaleza reparadora y sancionadora y la extracontractual solo reparadora. Tanto una como otra buscan que el afectado se ubique en la situación en que se encontraría de no haberse violado la norma jurídica. La imposición de un "castigo" ajeno a la reparación tiene carácter excepcional y puede ordenarse tanto por la inobservancia de normas legales[102] como contractuales.[103]

[100] El único supuesto que hace presumir la culpa del deudor se actualiza ante la pérdida del bien debido en su poder:

"ART. 2018.—La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario."

[101] Tanto el Código Napoleón (artículo 1147) como el Código Suizo de las Obligaciones (artículo 97) dispusieron que el deudor que incumple su obligación debe indemnizar los daños y/o perjuicios causados *a menos que demuestre que la falta de cumplimiento no le es imputable*. En otras palabras, ambos ordenamientos relevaron expresamente al acreedor de tener que probar la culpa del deudor. Rojina Villegas sostiene que la misma regla es aplicable en nuestro Derecho *ante el incumplimiento de deudas contractuales*, pero lo hace con base en disposiciones y Doctrina extranjeras (v. 2, *op. cit.*, pp. 351, 352, 357 y 358). En nuestra opinión el afectado por la *inobservancia de una norma legal o contractual* solo debe probar la existencia del derecho violado —cuando no sea evidente— y, en su caso, los daños y/o perjuicios sufridos, quedando a cargo del trasgresor demostrar la presencia de una excluyente de responsabilidad.

Concluimos que el Código Civil debería reformarse para introducir un Capítulo que contenga todas las reglas generales sobre la responsabilidad civil, como las relativas a la relación de causalidad entre la violación de la norma y los daños y/o perjuicios, a su cuantificación, a la manera de repararlos, a la prueba del dolo o culpa del trasgresor, a las excluyentes, entre otras.

B. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

En el apartado anterior señalamos que la responsabilidad civil guarda la misma esencia independientemente de que surja del incumplimiento de una norma legal o de una contractual. Sin embargo, es necesario resolver qué sucede si se causan daños y/o perjuicios por contravenir lo ordenado directamente por la Ley y por un contrato.

Por ejemplo, supóngase que una persona contrata a un chofer con automóvil propio para que la traslade durante un día a distintos puntos de la Ciudad. En uno de los trayectos el chofer descuida ver la luz roja de un semáforo y ocasiona un choque que produce heridas serias a su cliente y a otro conductor. Frente al tercero el chofer es responsable objetivamente.[104] Frente a su cliente el chofer es responsable tanto por incumplir el contrato como por ubicarse en el supuesto de la responsabilidad objetiva.

Cabe cuestionar los efectos de la concurrencia de "ambas responsabilidades": ¿podrá el cliente reclamar dos indemnizaciones, una con base en la violación del contrato y otra con fundamento en lo previsto por la Ley? ¿Deberá tomarse en cuenta la culpa del chofer?[105]

[102] Por ejemplo, quien edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno trasgrede la Ley y es "sancionado" con la pérdida de lo edificado, plantado o sembrado, sin perjuicio de que el propietario del terreno pueda pedir la reparación natural:

"ART. 901.—El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin que tenga derecho de reclamar indemnización alguna del dueño del suelo, ni de retener la cosa."

"ART. 902.—El dueño del terreno en que se haya edificado con mala fe, podrá pedir la demolición de la obra, y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificador."

[103] Anteriormente mencionamos que el arrendador que infringe el derecho de preferencia del arrendatario es "castigado" con el importe del 50% de las rentas pagadas durante los 12 meses anteriores, aunque el último no haya sufrido daño o perjuicio alguno (artículo 2448-J f. V).

[104] Artículo 1913.

[105] Si se atiende a las normas del contrato se requerirá que haya actuado con dolo o con culpa, si se considera el texto legal deberá responder aunque haya obrado diligentemente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación atendió las interrogantes formuladas en la tesis de Jurisprudencia: "RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y CONTRACTUAL CONCURRENTES. TRANSPORTE".[106]

Conforme al criterio del Alto Tribunal, cuando la misma conducta actualice una hipótesis legal[107] y otra contractual que den lugar a responsabilidad civil en favor de la misma persona prevalecerá la primera sobre la segunda. El afectado no tendrá derecho a dos indemnizaciones, sino solo a la que resulte de lo previsto por la Ley. Asimismo, la culpa del trasgresor será evaluada en función de la reglamentación legal.

A nuestro juicio es más acertada la solución ofrecida por el Derecho alemán, que admite el surgimiento de dos pretensiones independientes encaminadas al mismo interés y que da por extinguida una cuando se satisface la otra.

No obstante el criterio del Máximo Tribunal, consideramos que los particulares pueden regular diversos aspectos de la responsabilidad que pueda nacer por la trasgresión del texto legal, como sus alcances, la graduación de la culpa del infractor, la adición de excluyentes, entre otros. Las normas convencionales que se emitan al respecto deberán observarse *siempre que la actuación del trasgresor no sea dolosa.*[108]

VIII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Existen dos teorías principales sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil: una sostiene que es una extensión de la obligación incumplida mientras que otra señala que es una obligación nueva.

a) TEORÍA QUE CONSIDERA LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO EXTENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA

Diversos autores consideran que la responsabilidad civil no es una obligación nueva, sino una extensión de la original. Sin embargo, distinguen entre la emanada de la violación de un precepto legal y la derivada del incumplimiento de una obligación.

Cuando la responsabilidad surge por la trasgresión de una norma legal se le conceptualiza como obligación nueva. Por el contrario, cuando resulta del

[106] Registro No. 818034, Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, LX, Página: 294, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

[107] Distinta de la que ordena el cumplimiento de los contratos.

[108] En sentido similar ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 2, *op. cit.*, p. 1047.

incumplimiento de una deuda preexistente se le concibe como prolongación de ésta.[109]

b) TEORÍA QUE CONSIDERA LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO UNA OBLIGACIÓN NUEVA

Otro sector de la Doctrina afirma que la responsabilidad civil siempre es una obligación nueva. Entre los partidarios de este criterio pueden citarse a Planiol y a Ripert.[110]

En el foro nacional destaca la visión de Rojina Villegas, quien considera que la responsabilidad civil siempre es una obligación nueva. El autor explica que cuando se viola *una norma legal* surge un crédito indemnizatorio debido a que, en su opinión, antes no había vinculo jurídico entre el infractor y la víctima.[111] Por su parte, cuando se incumple una obligación preexistente —como la derivada de un contrato— también surge un crédito nuevo debido a que la indemnización puede ser mayor, igual o menor que la prestación incumplida, por lo que aquélla no puede considerarse "equivalente" o "sustituta" de ésta.[112]

c) OPINIÓN PERSONAL

A nuestro juicio la responsabilidad civil siempre es una obligación nueva, independientemente de que resulte del incumplimiento de la Ley o de un contrato.

El objeto de la obligación originaria y el de la responsabilidad civil son suficientemente distintos para justificar su autonomía: la primera puede comprender todo tipo de conductas de dar, de hacer y de no hacer, la segunda se limita a la reparación —natural o dineraria— de los daños y/o perjuicios causados.

Pueden coexistir la obligación originaria y la responsabilidad civil —como cuando se exige la ejecución forzada y una indemnización moratoria—, pero no puede decirse que la segunda sea una prolongación de la primera.

Toda relación jurídica alberga débito —*schuld*— y responsabilidad —*haftung*—. Sin embargo, antes del incumplimiento la segunda existe en potencia, no en acto.

[109] *Cfr.* GAUDEMET, *op. cit.*, p. 403. CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 219.

[110] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 795 y 796.

[111] ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 346.

[112] *Ibid.*, pp. 353-356.

Capítulo Cuadragésimo Primero

MORA

I. INTRODUCCIÓN

El tiempo en que debe cumplirse la obligación puede ser determinante para los intereses del acreedor, de manera que el pago tardío no le provea las mismas ventajas. El estudio de la mora permite conocer desde cuándo hay incumplimiento imputable y, por ende, desde cuándo puede surgir responsabilidad civil.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

La mora del deudor —*mora debitoris*— fue conceptualizada como un retraso en el cumplimiento de la obligación imputable a aquél. Solo producía consecuencias adversas al obligado si le era reprochable, no así cuando derivaba del caso fortuito o fuerza mayor.

Por su parte, la mora del acreedor —*mora creditoris*— se verificaba cuando rechazaba injustificadamente el pago ofrecido por el deudor.

B. Código Napoleón

Tanto el legislador como la Doctrina francesas se enfocaron en la mora del deudor.

Para que el deudor se constituyera en mora fue necesario, por regla general, que el acreedor lo interpelara.

La mora del acreedor no fue regulada por el Código Napoleón de manera sistemática. Posiblemente se consideraron suficientes las disposiciones sobre ofrecimiento y consignación.[1]

---

[1] Véase capítulo trigésimo séptimo.

C. Código Civil de 1884

Al igual que su antecesor francés reglamentó principalmente la mora del deudor.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Distingue expresamente entre mora del deudor y mora del acreedor y las regula en forma sistemática.

III. MORA DEL DEUDOR

A. Concepto

El Código Civil no prevé concepto alguno sobre la mora del deudor.

Desde el punto de vista doctrinal puede definirse como un retardo en el cumplimiento de la obligación imputable al deudor.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Retardo

La mora es un retardo, es decir, una tardanza en el cumplimiento de la deuda.

El retardo presupone que la obligación debió ser cumplida en un momento específico. En otras palabras, no puede haber retardo sin que se haya delimitado el tiempo en que debe ocurrir algo.

En las obligaciones sujetas a término el pago debe efectuarse al vencimiento. En las no sujetas a término deben observarse las reglas estudiadas en el capítulo trigésimo sexto de este libro y que volveremos a enunciar más adelante.

El retardo también evoca la idea de que el cumplimiento aún es posible. Si la conducta objeto de la obligación no puede ejecutarse en tiempo posterior se dice que el deudor incumplió definitivamente,[2] no que se halla en mora.[3]

- En el cumplimiento de la obligación

La mora solo queda excluida si la obligación es pagada *del modo convenido u ordenado por la Ley*. Consecuentemente, incurre en mora quien ofrece una pres-

[2] Por ejemplo, el abogado que no contesta a tiempo la demanda presentada contra su cliente incumple definitivamente su obligación.

[3] *Cfr.* Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 200.

tación distinta de la adeudada o quien propone cumplir de manera diversa a la estipulada —por ejemplo, en un lugar distinto al acordado—, aún cuando lo haga oportunamente.

El retardo en el cumplimiento puede verificarse respecto de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Sin embargo, en las deudas que tienen por objeto omisiones es más frecuente que la tardanza en el pago dé lugar a una imposibilidad subsiguiente de cumplir.[4]

- Imputable al deudor

Para que haya mora el retardo debe ser imputable al deudor, es decir, debe poder atribuirse a su dolo o a su culpa.

No incurre en mora quien deja de cumplir a tiempo debido a un acontecimiento imprevisible o inevitable,[5] en virtud de un hecho u omisión del acreedor[6] o por estado de necesidad.[7]

B. Requisitos que deben satisfacerse para que el deudor incurra en mora

El legislador pretendió distinguir los requisitos necesarios para que el deudor incurra en mora atendiendo al tipo de obligación incumplida. Para las obligaciones de hacer y de no hacer dispuso lo siguiente:

> Art. 2104.—El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:
>
> I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;
>
> II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.
>
> El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.

Para las obligaciones de dar previó:

[4] Por ejemplo, quien debía abstenerse de revelar un secreto incumple definitivamente si lo comunica a alguien más. *Cfr.* Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 262.

[5] Por ejemplo, no incurre en mora la empresa de mensajería que no puede entregar un sobre a tiempo debido a que el vehículo que lo transportaba se vio afectado por un deslave.

[6] Por ejemplo, no incurre en mora el peluquero que empieza a cortar el cabello de su cliente después de la hora acordada porque éste llegó tarde.

[7] Por ejemplo, no incurre en mora el médico que llega tarde a una consulta por haber salvado la vida a una persona atropellada durante su trayecto al consultorio.

ART. 2105.—En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo anterior.

Si no tuvieren plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera.

El Código Civil debió distinguir primero entre obligaciones sujetas a término y las que no lo están, ya que aquéllas están sometidas a la misma regla con independencia de su objeto. Posteriormente, de entre las obligaciones no sujetas a término, debió distinguir las de dar, las de hacer y las de no hacer.

a) OBLIGACIONES SUJETAS A TÉRMINO SUSPENSIVO

Conforme a la fracción primera del artículo 2104 y al primer párrafo del 2105 el deudor de una obligación sujeta a término suspensivo incurre en mora desde su vencimiento.

No es necesario en nuestro Derecho, como sí lo fue en el francés, que el acreedor interpele al deudor una vez cumplido el término. El Código Civil acoge la máxima *dies interpellat pro homine* —el día interpela por el hombre—.

1. *Tipo de término suspensivo cuyo vencimiento da lugar a la mora*

Únicamente el vencimiento del término suspensivo *cierto* da lugar a la mora sin necesidad de interpelación.[8]

Cuando la exigibilidad de la deuda depende de un término *incierto* —como la muerte de una persona o la siguiente lluvia en la Ciudad de México— es necesario que a su llegada el acreedor conmine al deudor al pago para que incurra en mora.[9] Lo anterior se fundamenta en la fracción segunda del artículo 2104 y en el segundo párrafo del 2105, que ordenan la aplicación del artículo 2080 —relativo a la interpelación— cuando la obligación "no dependiere de plazo *cierto*".

2. *Momento en que vence el término suspensivo*

El término suspensivo vence con la llegada del acontecimiento necesario previsto por las partes.

Generalmente los contratantes indican el día específico en que deberá cumplirse la obligación —por ejemplo, el 5 de enero—. El deudor dispondrá

[8] Véase capítulo vigésimo sexto. *Cfr.* ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 264.

[9] Durante el tiempo posterior al vencimiento del término incierto y anterior al requerimiento de pago la obligación será exigible pero el deudor no se hallará en mora.

de todo el día para efectuar el pago, de manera que solo incurrirá en mora si concluye aquél sin haberlo realizado. Lo anterior resulta de lo ordenado por los siguientes dispositivos:

ART. 1956.—El plazo en las obligaciones se contará de la manera prevenida en los artículos del 1176 al 1180.

ART. 1179.—El día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; *pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo.*

b) OBLIGACIONES NO SUJETAS A TÉRMINO SUSPENSIVO

Para que el deudor de una obligación no sujeta a término suspensivo incurra en mora es necesario, en principio, que el acreedor lo interpele.

1. *Obligaciones de dar*

Conforme al artículo 2105 el deudor de una obligación de dar no sujeta a término suspensivo incurre en mora según lo previsto por la primera parte del artículo 2080:

ART. 2080.—Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos...

De acuerdo con la norma trascrita las obligaciones de dar no sujetas a término son exigibles y, por tanto, el deudor incurre en mora, después de los 30 días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial.

2. *Obligaciones de hacer*

La segunda fracción del artículo 2104 dispone que el deudor de una obligación de hacer no sujeta a término suspensivo incurre en mora de acuerdo con lo previsto en la parte final del artículo 2080:

ART. 2080.—...

Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

Conforme al numeral trascrito las obligaciones de hacer no sujetas a término deben pagarse y, por tanto, el deudor incurre en mora, cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido suficiente tiempo para que pueda verificarse el cumplimiento. El deudor que es requerido antes de que transcurra "el

tiempo necesario" no incurre en mora; tampoco el que no es requerido después de su transcurso.

3. *Obligaciones de no hacer*

El artículo 2104 *in fine* dispone: "el que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención".

Aparentemente las obligaciones de no hacer están sustraídas del régimen de la mora. A decir de Ruggiero se debe a que esta figura es inconcebible en ese tipo de obligaciones: "De la misma naturaleza de las cosas —afirma— deriva que lo dicho es aplicable tan sólo a las obligaciones de dar o de hacer; en las obligaciones de no hacer no es ni siquiera concebible la mora, porque apenas se contravenga la prohibición convencional, el vínculo resulta violado y la obligación definitivamente incumplida".[10]

Por nuestra parte disentimos de la opinión del jurista citado y consideramos desacertado lo previsto por el Código Civil.

En primer término debemos aclarar que el incumplimiento de una obligación de no hacer, como el de cualquier otra, sujeta a "pagar daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención". Es posible, sin embargo, que el deudor incumpla la deuda pero no surja responsabilidad por la presencia de una excluyente como el caso fortuito o fuerza mayor o como la falta de causación de daños y/o perjuicios, entre otras.

En segundo término consideramos que las obligaciones de no hacer pueden ser compatibles con la idea de mora *siempre que sean susceptibles de incumplirse transitoriamente.*

Por ejemplo, quien se obliga a no vender un bien a una persona determinada *no puede incurrir en mora.*[11] La contravención al crédito siempre será definitiva y nunca transitoria: una vez consumada la venta en favor de la persona que no debía adquirir la obligación quedará incumplida definitivamente.

Por el contrario, quien se obliga a no portar ropa de una marca específica durante seis meses *puede incurrir en mora.* El deudor puede contravenir su obligación durante los primeros cinco días en que la obligación fue exigible y ofrecer cumplir el resto del tiempo. El obligado incurrirá en mora del mismo modo que lo haría quien debía impartir una cátedra durante un semestre —obligación de hacer— y no asistió los primeros cinco días del curso.

[10] RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, p. 143. El mismo criterio fue asumido en nuestro Derecho por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 528.

[11] Artículo 2301.

En síntesis: el deudor de obligaciones de no hacer puede constituirse en mora si el retardo en el cumplimiento no lo imposibilita en el futuro. En estos casos podrá verificarse un pago tardío si el acreedor está interesado en él.

Atendiendo a lo explicado el legislador debió someter las obligaciones de no hacer *susceptibles de incumplirse transitoriamente*[12] a reglas similares a las prescritas para las de dar y las de hacer:

Cuando la obligación de no hacer esté sujeta a término suspensivo el deudor podrá incurrir en mora desde su vencimiento.

Cuando la obligación de no hacer no esté sujeta a término suspensivo estimamos aplicable lo previsto para las obligaciones de hacer.

c) OBLIGACIONES RECÍPROCAS

Para que el deudor de una obligación recíproca incurra en mora es necesario, en adición a lo comentado en los incisos anteriores, que su contraparte haya cumplido u ofrecido cumplir la suya o que la obligación de ésta sea exigible en un momento posterior a la de aquél.

C. CONSECUENCIAS DE LA MORA DEL DEUDOR

a) EJECUCIÓN FORZADA

La mora del deudor faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada de la obligación cuando sea posible, de acuerdo con lo comentado en el capítulo trigésimo noveno de este libro.

b) RESPONSABILIDAD CIVIL *STRICTO SENSU*

La consecuencia principal de la *mora debitoris* es hacer surgir responsabilidad civil en sentido estricto, es decir, la necesidad de indemnizar los daños y/o perjuicios infligidos al acreedor.

Es preciso determinar qué tipo de indemnización puede exigir el acreedor: compensatoria o moratoria. La indemnización compensatoria presupone el incumplimiento definitivo de la deuda, la moratoria su cumplimiento tardío.[13]

En los contratos *que generan obligaciones recíprocas* la Ley faculta al perjudicado a elegir entre la rescisión del negocio o la ejecución forzada, más la repara-

[12] Si la deuda no es susceptible de incumplirse transitoriamente será exigible desde su nacimiento y la ejecución de la conducta que debía omitirse dará lugar al incumplimiento definitivo. Véase capítulo trigésimo sexto.

[13] Véase capítulo cuadragésimo.

ción de daños y/o perjuicios en ambos casos (artículo 1949).[14] En el primer supuesto la indemnización será compensatoria, en el segundo moratoria. En otras palabras, ante el retardo el acreedor *puede optar entre dar por incumplida definitivamente la deuda* y reclamar una indemnización compensatoria o *exigir su pago forzado* junto con una moratoria.

El legislador no previó regla alguna para las obligaciones que no sean recíprocas, por lo que surgen interrogantes sobre el tipo de indemnización que puede reclamarse.

Por ejemplo, supóngase que Luis y Juan celebran un contrato de comodato por medio del cual el primero transmite al segundo gratuitamente el uso de un departamento. Piénsese que Luis debía entregar el inmueble el 15 de enero y que un mes después no ha cumplido su obligación. ¿Qué tipo de indemnización podrá reclamar Juan? ¿Podrá dar por incumplida definitivamente la deuda y exigir una indemnización compensatoria? ¿O solo podrá exigir el cumplimiento forzado y reclamar una reparación moratoria?

En el ejemplo planteado la obligación de Luis no es recíproca de alguna de las que Juan asumió por el comodato, por lo que el derecho de opción que confiere el artículo 1949 no es directamente procedente.

El Código Civil alemán (parágrafos 284 y 286) atendió al interés del acreedor para determinar el tipo de indemnización que puede reclamar: si aún le interesa obtener el pago podrá reclamar la ejecución forzada y una *indemnización moratoria*; por el contrario, si el cumplimiento ya no es de su interés podrá exigir una *indemnización compensatoria*.[15]

El Código Civil para el Distrito Federal carece de una regla similar. Sin embargo, algunos autores se han ceñido al criterio del legislador alemán.[16]

Por nuestra parte coincidimos con el criterio de los autores mencionados y concluimos que el acreedor cuyo deudor se ha constituido en mora puede exigir la ejecución forzada y una indemnización moratoria o tener por incumplida definitivamente la deuda y demandar una reparación compensatoria. En el segundo supuesto, si se trata de obligaciones no recíprocas, el acreedor deberá probar las razones por las cuales el pago tardío de la deuda no es de su interés.[17]

[14] "ART. 1949.—La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

[15] En el segundo supuesto el acreedor deberá probar las razones por las que el cumplimiento tardío no es de su interés, sin embargo, quedará relevado de esta carga y facultado a exigir la indemnización compensatoria si fija al deudor un plazo razonable para el cumplimiento y transcurre el plazo sin efecto. ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 273.

[16] *Cfr.* BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 264. Pérez González, Blas y ALGUER, José, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 270.

c) ASUNCIÓN DE RIESGOS

Otra consecuencia de la mora del deudor es la necesidad de responder ante la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento derivada del caso fortuito o fuerza mayor. La Doctrina denomina lo anterior *perpetuatio obligationis*.[18]

En nuestro Derecho la *perpetuatio obligationis* se fundamenta en el siguiente numeral:

> ART. 2111.—Nadie está obligado al caso fortuito *sino cuando ha dado causa o contribuido a él*, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone.

La Doctrina ha interpretado que cuando el deudor incurre en mora responde del caso fortuito o fuerza mayor porque "dio causa o contribuyó a él".[19]

d) OTRAS CONSECUENCIAS *ESPECIALES*

La mora del deudor también puede dar lugar a otras consecuencias *especiales* dependiendo del tipo de obligación incumplida, como la rescisión del contrato bilateral o el derecho de retención. Estas figuras serán estudiadas en capítulos siguientes.

IV. MORA DEL ACREEDOR

A. CONCEPTO

El Código Civil no prevé concepto alguno sobre la mora del acreedor.

Desde el punto de vista doctrinal puede definirse como la falta de cooperación del titular del crédito en su cumplimiento.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Falta de cooperación

La *mora creditoris* se verifica cuando el acreedor no presta la colaboración necesaria para que pueda pagarse la obligación.

[17] Tratándose de obligaciones recíprocas no debe cumplirse esta carga dado que el artículo 1949 no la exige.

[18] *Cfr.* RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, pp. 143 y 144.

[19] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 299.

El cumplimiento de algunas deudas requiere una participación *activa* del acreedor; por ejemplo, un médico no puede cumplir la obligación de tomar una radiografía a su paciente si éste no acude a su consultorio. Otras deudas requieren una participación *pasiva* del acreedor; por ejemplo, el arrendador que recibe el pago de las rentas a través de depósitos bancarios debe abstenerse de cerrar la cuenta en la que se efectúan los depósitos.[20]

En uno y otro caso el acreedor debe prestar su cooperación para que pueda realizarse el pago.

- Titular del crédito

Para que el acreedor incurra en mora es necesario que sea él quien obstaculice el cumplimiento de la deuda. No se constituye en mora si el obligado se ve impedido para pagar por hechos de un tercero o de la naturaleza.

- En su cumplimiento

La falta de cooperación debe relacionarse con el cumplimiento de la obligación, tanto con los factores que posibilitan físicamente su pago como con los que lo hacen jurídicamente procedente.

En consecuencia, incurre en mora el acreedor que se niega a expedir al deudor de una obligación de dar el documento justificativo del pago,[21] aún cuando físicamente esté dispuesto a percibir el cumplimiento.

B. Requisitos que deben satisfacerse para que el acreedor incurra en mora

Apoyándonos en la Doctrina alemana[22] distinguiremos cuatro requisitos que deben satisfacerse para que el acreedor incurra en mora: que el pago sea jurídicamente procedente, que el deudor esté en posibilidad de cumplir, que ofrezca el pago y que el acreedor omita cooperar con él.

a) Procedencia jurídica del pago

Para que el acreedor se constituya en mora es necesario que el cumplimiento sea jurídicamente procedente, es decir, acorde con las reglas de Derecho.

---

[20] La mora del acreedor no se actualiza respecto de obligaciones que no requieren su cooperación para ser cumplidas —por ejemplo, la obligación de no revelar un secreto—.

[21] "Art. 2088.—El deudor que paga tiene derecho de exigir el documento que acredite el pago y puede detener éste mientras que no le sea entregado."

Véase capítulo trigésimo sexto.

[22] Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, pp. 290-295.

b) Posibilidad del deudor para cumplir

El segundo requisito que debe satisfacerse para que el acreedor incurra en mora consiste en que el deudor esté posibilitado para cumplir su obligación.

Por ejemplo, quien contrata a un cantante para que dé un concierto en un estadio no incurrirá en mora si un día antes del evento el lugar se ve afectado por una inundación que imposibilite la actuación del día siguiente.

c) Ofrecimiento del pago

El ofrecimiento del pago se ha interpretado como un requisito equivalente a la interpelación que el acreedor debe realizar para hacer incurrir al deudor en mora.[23]

Nuestra legislación no precisa la manera en que debe efectuarse la oferta.[24] Consideramos que cualquier ofrecimiento es válido siempre que llegue a conocimiento del acreedor y el deudor esté en posibilidad de cumplir en caso de aceptarlo aquél. Incluso el ofrecimiento realizado por un tercero puede constituir al acreedor en mora, siempre que no se trate de obligaciones de ejecución personalísima.

El ofrecimiento es optativo si la deuda está sujeta a término suspensivo *cierto*. En estos casos vale contra el acreedor el principio *dies interpellat pro homine*.

d) Falta de cooperación

El cuarto y último requisito que debe satisfacerse para que el acreedor incurra en mora es que falte a la cooperación para el pago.

C. Consecuencias de la mora del acreedor

a) Exclusión de la mora del deudor

La mora del acreedor excluye la del deudor,[25] ya que el retardo en el cumplimiento de la obligación no será imputable a éste.

---

[23] *Ibid.*, p. 61; Petit, *op. cit.*, p. 475.

[24] Debe distinguirse el ofrecimiento para hacer incurrir al acreedor en mora del procedimiento de ofrecimiento y consignación, que permite al deudor de una conducta de dar liberarse de su obligación. El primero no requiere formalidad alguna mientras que el segundo debe promoverse judicialmente o a través de Notario. El primero se efectúa antes de que el acreedor rechace el pago mientras que el segundo se promueve con posterioridad al rechazo. El primero es innecesario si la deuda está sujeta a término cierto, el segundo debe promoverse incluso en esta hipótesis.

[25] Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 206.

b) PROCEDENCIA DE LAS DILIGENCIAS DE OFRECIMIENTO Y CONSIGNACIÓN

El deudor que se ve impedido para cumplir a causa de un hecho del acreedor puede promover el procedimiento de ofrecimiento y consignación a fin de extinguir la obligación a su cargo. *Lo anterior solo es posible si lo debido es una conducta de dar.*[26]

c) RESPONSABILIDAD CIVIL *STRICTO SENSU*

La posibilidad de que la *mora creditoris* genere responsabilidad civil a cargo del acreedor depende de la postura que se adopte respecto a la naturaleza de la cooperación que ha de prestar en el cumplimiento de la deuda.

1. *Doctrina que conceptualiza la cooperación del acreedor como simple presupuesto para el pago*

Quienes sostienen que la cooperación del acreedor es un presupuesto para el pago, y no una obligación, concluyen que la *mora creditoris* no origina responsabilidad civil.[27]

2. *Doctrina que conceptualiza la cooperación del acreedor como obligación*

Quienes sostienen que la cooperación del acreedor es una obligación concluyen que su incumplimiento origina responsabilidad civil siempre que le sea imputable. En otras palabras, la segunda doctrina considera que el deudor podrá reclamar una indemnización al acreedor moroso siempre que la falta de cooperación se deba a su dolo o a su culpa.[28]

d) TRANSFERENCIA DE RIESGOS AL ACREEDOR

Por regla general el acreedor de un bien individualizado debe soportar su pérdida derivada del caso fortuito o fuerza mayor:

> ART. 2017.—En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:...
>
> V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido.

[26] Véase capítulo trigésimo séptimo.

[27] *Cfr.* VON THUR, t. 2, *op. cit.*, p. 64.

[28] En materia de compraventa existe una disposición que sigue este criterio (artículo 2292).

El "dueño" a que se refiere la fracción quinta del artículo trascrito es el adquirente de un bien individualizado que no le ha sido entregado.[29]

Cuando alguien debe un bien individualizado por haber cometido un delito u otro hecho ilícito el obligado debe responder de su pérdida aunque provenga del caso fortuito o fuerza mayor, *a menos que el acreedor se constituya en mora de recibir.*

> ART. 2019.—Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida; *a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora.*

El numeral citado transfiere al acreedor moroso el riesgo que ordinariamente debe soportar el deudor *en la hipótesis indicada.*

[29] Artículo 2014.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO SEGUNDO

DAÑO MORAL

I. INTRODUCCIÓN

El daño moral es una figura que presupone la posibilidad de reparar o aliviar las afectaciones emocionales mediante la entrega de dinero. Tiene una regulación dual: es normado en lo general por el Código Civil y, cuando deriva del abuso del derecho a la información y a la libertad de expresión, lo rige la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.[1] En el presente capítulo nos enfocaremos en la regulación prevista por el Código Civil y comentaremos tangencialmente la Ley mencionada.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

El daño moral tuvo su mayor proyección en el delito de lesiones.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

No previó una regulación especial sobre el daño moral.

---

[1] En lo sucesivo e indistintamente "la Ley para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen" o "la Ley de 2006". El artículo primero de este ordenamiento establece:

"ART. 1.—Las disposiciones de esta ley son de orden e interés público y de observancia general en el Distrito Federal, y se inspiran en la protección de los Derechos de la Personalidad a nivel internacional reconocidos en los términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tiene por finalidad regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión.

Tratándose de daño al patrimonio moral diverso al regulado en el párrafo que antecede, se seguirá rigiendo por lo dispuesto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal."

C. Código Civil de 1884

Únicamente ordenó la reparación de los daños morales derivados de la pérdida o deterioro de un bien (artículo 1417).

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Ordenó la reparación del daño moral únicamente en las hipótesis previstas por la Ley (parágrafo 253).

III. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

A. Perspectiva legal

El Código Civil define el daño moral como sigue:

> Art. 1916.—Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás...

A continuación desglosaremos el contenido de la definición trascrita.

- Afectación

El daño moral es una afectación, un menoscabo a alguno de los atributos enlistados por el artículo 1916.

Que el daño moral sea una afectación significa que debe influir en algo desfavorablemente, llevarlo a un estado peor del que se encontraba. Lo anterior es relevante ya que una misma conducta puede o no causar daño moral dependiendo de la persona contra la que se ejecute: por ejemplo, un abogado con pésima reputación no puede reclamar una indemnización por menoscabo a ésta, al no poder degradarse a un nivel más bajo. Por el contrario, si la reputación del letrado es regular será susceptible de sufrir detrimentos.

- Persona

Solo las personas pueden sufrir daño moral, sin embargo, es preciso determinar si por "persona" debe entenderse tanto las físicas como las morales.

Ninguna duda existe de que las personas físicas pueden sufrir daño moral. Su constitución nerviosa y psicológica las hace susceptibles de sufrir dolor físico y emocional.

No ocurre lo mismo con las personas morales, que carecen de atributos que les permitan sentir. Sin embargo, como veremos más adelante, la Doctrina escinde el daño moral en dos categorías: el que menoscaba los afectos de la persona y el que deteriora su estatus social. Se afirma que las personas morales no pueden sufrir daño moral del primer tipo, pero sí del segundo.[2] Por ejemplo, el prestigio de una empresa de cosméticos puede verse reducido si maliciosamente se le imputa la realización de experimentos con animales.

Durante algún tiempo los Tribunales sostuvieron criterios contradictorios sobre la posibilidad de que las personas morales sean víctimas de daño moral.[3] En diciembre de 2004 la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció por la afirmativa y aprobó la tesis de Jurisprudencia de rubro: "Daño moral. Las personas morales están legitimadas para demandar su reparación en caso que se afecte la consideración que tienen los demás respecto de ellas (Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal)", en la que se concluye que:

> *...si el derecho les atribuye la calidad de personas morales a esas colectividades que adquieren unidad y cohesión a través de la personalidad, y por medio de esta construcción técnica les permite adquirir individualidad de manera similar al ser humano, y toda vez que el daño moral está intimamente relacionado con los derechos de la personalidad, es indudable que por equiparación y analogía los conceptos relativos a la reputación y a la consideración que de sí misma tienen los demás, también se aplican a las personas morales...*[4]

Por nuestra parte disentimos del Alto Tribunal, ya que consideramos que el daño moral es una figura privativa de las personas físicas.

Si bien las personas morales son entes capaces de formarse una reputación y la sociedad puede tener una consideración particular de ellas, el deterioro que

---

[2] *Cfr.* Pérez Fuentes, Gisela María, "Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano", en *Revista de Derecho Privado*, Nueva Serie, Número 12, Sección de Doctrina, 2005, pp. 64 y 65.

[3] Véase tesis aislada intitulada "Daño moral. Las personas morales no pueden sufrir afectación a los valores contenidos en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, por ser intrínsecos del ser humano", con número de registro "183572", *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, 9a. Época; T.C.C.; Tomo XVIII, Agosto de 2003; Pág. 1727. La anterior tesis se contraponía a la intitulada "Daño moral, las sociedades mercantiles pueden reclamar indemnización por", con número de registro "185414", *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, 9a. Época; T.C.C; Tomo XVI, diciembre de 2002; Pág. 765.

[4] Registro No. 178767, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XXI, abril de 2005, Página: 155, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

sufran en uno u otro atributo no es daño *moral*, sino *causa* de daños y/o perjuicios *patrimoniales*.

Volvamos al ejemplo de la empresa de cosméticos difamada. Desde luego podrá exigir una indemnización al responsable si el rumor esparcido redunda en una disminución en sus ventas. Sin embargo, la acción estará encaminada *a la reparación del perjuicio económico*[5] resultante del hecho ilícito —la difusión malintencionada de una mentira—, no al resarcimiento de un daño moral. Si la empresa no padece perjuicio económico alguno ¿qué indemnización puede reclamar? ¿qué *daño moral* sufrió? Una disminución en la reputación, sin impacto económico, puede afectar los sentimientos de los socios o accionistas, pero nunca los de la persona moral, que es incapaz de sentir.[6]

El daño moral es *dolor* y solo las personas físicas pueden sentir *dolor*. Los alemanes llaman *schmerzensgeld* (dinero del dolor) a la indemnización a que tiene derecho la víctima de daño moral.[7] En el Derecho anglosajón la figura se denomina *pain and suffer* (dolor y sufrimiento).[8] Ambas expresiones aluden a la idea de dolor y solo las personas físicas pueden sentirlo.

- Sentimientos, afectos, creencias, vida privada, configuración y aspecto físicos

Anteriormente mencionamos que la Doctrina divide el daño moral en dos categorías: el que menoscaba los afectos de la persona y el que deteriora su estatus social. Esta distinción es atribuida a los hermanos Mazeaud, quienes en unión con André Tunc expresaron:

> ...se oponen de manera muy clara dos categorías de daños. Por una parte, aquellos que atentan contra lo que se ha dado en llamar "la parte social del patrimonio moral": afectan a un individuo en su honor, en su reputación, en su consideración; por otra parte, los que atañen a "la parte afectiva del patrimonio moral"; alcanzan a un individuo en sus afectos: se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida.[9]

[5] "ART. 2109.—Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

[6] *Cfr.* MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. 1, v. 1, 5ª ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pp. 459 y 460.

[7] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 2, *op. cit.*, p. 1159.

[8] DÁVALOS MEJÍA, *op. cit.*, p. 115.

[9] MAZEAUD y TUNC, *op. cit.*, pp. 425 y 426. A decir de los autores la distinción es útil ya que el "daño social" siempre, o casi siempre, está unido a un detrimento pecuniario, no así el "daño afectivo". Lo anterior explica por qué un sector de la Doctrina francesa consideró que solo la víctima del primero estaba facultada a exigir una indemnización.

El legislador de 1982, quien probablemente tuvo en mente las ideas de los Mazeaud,[10] confirió el derecho a exigir una indemnización tanto a quien sufre un daño en sus afectos como a quien lo resiente en su estatus social.

Los sentimientos, afectos, creencias, vida privada, configuración y aspecto físicos conforman el bloque *afectivo* del daño moral.

Los sentimientos y los afectos son estados del ánimo. El Diccionario de la Real Academia Española define los primeros como el "estado afectivo del ánimo producido por causas que lo impresionan vivamente" y los segundos como "cada una de las pasiones del ánimo, como la ira, el amor, el odio, etc., y especialmente el amor o el cariño".

Las creencias son definidas como el "firme asentimiento y conformidad con algo".

La vida privada es conceptualizada por la Ley de 2006 como sigue:

> ART. 9.—Es vida privada aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta.

La configuración y aspecto físicos se refieren a la apariencia de los seres humanos.

- Decoro, honor, reputación, y consideración que de una persona tienen las demás

El decoro, honor, reputación y consideración que de una persona tienen las demás conforman el bloque *social* del daño moral.

El decoro es definido por la Real Academia Española como "honor, respeto, reverencia que se debe a una persona por su nacimiento o dignidad".

El honor es concebido por la Ley de 2006 de la siguiente manera:

> ART. 13.—El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama.

[10] En la exposición de motivos de la iniciativa de reforma presentada por el Ejecutivo claramente se distingue entre el aspecto social y el aspecto afectivo del daño moral: "El respeto a los derechos de la personalidad, garantizado mediante la responsabilidad civil establecida a cargo de quien los conculque, contribuirá a completar el marco que nuestras leyes establecen para lograr una convivencia en la que el respeto a las libertades no signifique la posibilidad de *abusos que atenten contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos ni contra su honor o reputación*".

El honor es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.

La reputación es definida por la Real Academia Española como la "opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo".

La consideración es el juicio o estima en que se tiene a una persona.

B. Opinión personal

El concepto de daño moral provisto por el legislador es criticable cuando menos por dos razones.

La primera, por el uso excesivo de sinónimos. Los *sentimientos* no son algo distinto de los *afectos*. El *decoro* no es algo distinto del *honor*, la definición de honor a su vez comprende la *buena reputación* y la reputación es la *consideración* en que se tiene a alguien o algo. El uso de diferentes palabras para expresar una misma idea complica innecesariamente el entendimiento de la figura.

La segunda, por la falta de comprensión del daño moral. El primer párrafo del artículo 1916 contiene una mezcla de causas y de efectos: *solo es daño moral el menoscabo de los sentimientos.*[11] El detrimento de los demás atributos no es daño moral, sino *causa* de daño moral y/o patrimonial.

En efecto, el ministro de culto cuyas *creencias* son atacadas puede sufrir daño moral (consistente en dolor emocional) y/o patrimonial (verbigracia, por una menor recaudación para su asociación religiosa). La actriz agredida en su *configuración o aspecto físicos* puede sufrir daño moral (consistente en dolor físico o emocional) y/o patrimonial (verbigracia, por dejar de recibir papeles estelares). El futbolista cuyos hábitos excéntricos son descubiertos a través de una intromisión en su *vida privada* puede padecer daño moral (dolor emocional) y/o patrimonial (verbigracia, por no lograr la renovación de su contrato para la siguiente temporada). El médico cuya *reputación* disminuye por calumnias puede sufrir daño moral (dolor emocional) y/o patrimonial (verbigracia, por la reducción del número de sus pacientes).

Concluimos que daño moral es el dolor infligido injustamente a una persona física. Nuestra definición coincide con la expresada por Von Thur: "...los 'daños morales', o sea quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses".[12]

[11] O lo que es igual, de los afectos.

[12] Von Thur, v. 1, *op. cit.*, p. 88.

IV. Fuentes del daño moral

La Ley enumera las siguientes fuentes del daño moral:

> Art. 1916.—...
>
> Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

De acuerdo con el artículo trascrito el daño moral puede producirse por hechos u omisiones ilícitos, contractuales o extracontractuales, por responsabilidad objetiva y por hechos del Estado y de sus servidores públicos.

Las fuentes indicadas pueden resumirse en una sola: la contravención a lo ordenado por una norma jurídica, ya sea legal o contractual, ya por hechos de un particular o del Estado.

Por razones históricas distinguiremos entre el daño moral resultante de la violación de una norma legal y el derivado del incumplimiento de un contrato.

a) Contravención de una norma legal

La violación de la Ley puede ser fuente de daño moral, con independencia de si el trasgresor se ubica en un supuesto de responsabilidad subjetiva u objetiva.

Por ejemplo, la persona que ocasiona a otra una herida en el rostro durante un robo —*responsabilidad subjetiva*— debe resarcir el daño moral de igual modo que quien la causa por un accidente automovilístico —*responsabilidad objetiva*—.

En las hipótesis de responsabilidad subjetiva el afectado tendrá derecho a una indemnización si el trasgresor actuó con dolo o con culpa. Por el contrario, en las de responsabilidad objetiva tendrá derecho a la indemnización aunque el trasgresor haya obrado sin dolo y sin culpa.

Lo asentado en el párrafo que antecede admite una excepción: cuando el ilícito consista en la pérdida o deterioro de un bien, el afectado solo tendría derecho a una indemnización por daño moral si el responsable actúo *dolosamente*:

> Art. 2116.—Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, *a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño;* el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

Lo previsto por la norma trascrita es aplicable tanto a conductas que actualicen supuestos de responsabilidad objetiva como subjetiva y su importancia puede apreciarse en el siguiente ejemplo:

Supóngase que una persona atropella accidentalmente a otra ocasionando la desfiguración de su rostro: en esta hipótesis el conductor del vehículo deberá prestar una indemnización por daño moral aunque no pueda atribuírsele dolo o culpa. Ahora piénsese que la atropellada fue una mascota: su propietario podrá demandar la reparación del daño moral únicamente si el conductor "destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos" de aquél.[13]

b) CONTRAVENCIÓN DE UNA NORMA CONTRACTUAL

La posibilidad de que el incumplimiento de un contrato obligue a indemnizar el daño moral causado a la contraparte recibió diverso tratamiento a lo largo del tiempo.

El Código Civil vigente —a partir de la reforma de 1982— faculta expresamente al perjudicado por el incumplimiento de un contrato a exigir una indemnización por daño moral, independiente de la encaminada a resarcir los daños y/o perjuicios patrimoniales.[14]

Conforme a lo comentado en el inciso que antecede, cuando el daño moral derive de la pérdida o deterioro de un bien será necesario que el responsable actúe dolosamente para poder reclamarle una indemnización.[15]

---

[13] El artículo 2116 fue reformado en diciembre de 1982, mientras que el segundo párrafo del 1916 (que establece las fuentes del daño moral y no exige una conducta dolosa para imputar responsabilidad a quien lo causa al perder o deteriorar un bien ajeno) lo fue por última vez en diciembre de 1993. Pudiera pensarse que éste derogó a aquél, por ser norma posterior. Sin embargo, el artículo 2116 continúa vigente debido a que prevé una *regla especial* que debe prevalecer sobre la general posterior. La máxima *lex posteriori, non derogat priori special* fue reconocida por los Tribunales Colegiados de Circuito en la tesis aislada intitulada "LEYES ESPECIALES Y LEYES GENERALES. REGLAS PARA SU DEROGACIÓN", con número de registro "228635", *Semanario Judicial de la Federación*, 8ª Época; Tomo III, Segunda Parte-1, enero-junio de 1989; Pág. 445. Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación invocó el aforismo citado en la tesis aislada intitulada "LEYES, DEROGACIÓN DE", con número de registro "334070", *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. Época; 2a. Sala; Tomo XLIX; Pág. 1533.

[14] Por ejemplo, la novia que contrata un servicio de banquete para el día de su boda puede exigir una indemnización por daño moral si el proveedor no se presenta el día del evento.

[15] Por ejemplo, el depositario que culposamente extravía una reliquia familiar solo deberá resarcir los daños y/o perjuicios patrimoniales causados. Por el contrario, si la destruye dolosamente también deberá indemnizar el daño moral de acuerdo con el artículo 2116 anteriormente trascrito.

V. PRUEBA DEL DAÑO MORAL

A. RÉGIMEN ANTERIOR A LA REFORMA DE DICIEMBRE DE 1993

Antes de la reforma de diciembre de 1993 el Código Civil no previó disposición alguna sobre la prueba del daño moral.

Algunos órganos jurisdiccionales adoptaron una "teoría objetiva" al respecto, de acuerdo con la cual, dado el carácter subjetivo del daño moral, la víctima solo debía probar la trasgresión al orden normativo para darlo por acreditado.[16] Años después, durante la Octava Época, los Tribunales Colegiados de Circuito resolvieron que el daño moral debe probarse para que sea procedente su reparación.[17]

B. RÉGIMEN POSTERIOR A LA REFORMA DE DICIEMBRE DE 1993

En diciembre de 1993 se reformó el primer párrafo del artículo 1916 para adicionar lo siguiente:

> ART. 1916.—...Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas...

Conforme a la disposición trascrita el daño moral se presume en tres casos: cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad, la integridad física o la integridad psíquica de una persona.

En nuestra opinión la presunción solo es útil en los dos primeros supuestos, ya que en el tercero deberá probarse la vulneración o menoscabo de la integridad psíquica, lo que equivale a acreditar el daño moral.

La presunción transfiere la carga de la prueba al demandado, quien deberá demostrar que su contraparte no sufrió dolor físico o emocional con las conductas señaladas.

---

[16] En este sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada de rubro: "DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO", Registro No. 239511, Localización: Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 217-228, Cuarta Parte, Página: 98, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[17] Tesis de rubro: "DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN", Registro No. 209386, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 85, enero de 1995, Página: 65, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

Fuera de los casos indicados la víctima debe probar el daño moral a fin de obtener una indemnización, conforme a la tesis de Jurisprudencia citada en el apartado que antecede.

VI. REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

A. Formas de reparación

El legislador estableció dos mecanismos para reparar el daño moral: la entrega de una suma de dinero y la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria a costa del responsable.

a) Reparación en dinero

La persona que sufre daño moral tiene derecho a una indemnización pecuniaria de conformidad con lo siguiente:

> Art. 1916...
> Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, *el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero,* con independencia de que se haya causado daño material...

1. *Criterios de cuantificación*

El juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente para determinar el importe de la indemnización:

> Art. 1916.—...
> ...
> ...
> El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Conforme a la disposición trascrita el órgano jurisdiccional debe considerar al menos cuatro elementos: los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la situación económica de la víctima.

Respecto a "los derechos lesionados" insistimos en que se trata de la integridad emocional de la víctima. Sin embargo, reconocemos que el mayor o menor grado con que se posean los atributos listados en el primer párrafo del artículo 1916 puede constituir una pauta para medir el dolor causado. Verbigracia, un abogado exitoso con una reputación impecable probablemente sufrirá más al ser calumniado que otro con un historial menos digno.

Con relación al grado de responsabilidad suponemos que el legislador quiso aludir a la imputabilidad del trasgresor, es decir, a lo reprochable de su conducta. Por ejemplo, el delincuente que causa dolor intencionalmente a su víctima deberá cubrir una indemnización más alta que quien lo ocasiona por un accidente automovilístico.

En lo relativo a la situación económica del responsable y de la víctima consideramos que su inclusión como criterio valorativo fue desafortunada. El sufrimiento derivado de la pérdida de un hijo es igual para un padre adinerado que para uno indigente ¿por qué habría uno de recibir más o menos indemnización que el otro? ¿Por qué los recursos del trasgresor deben considerarse para la reparación del daño moral y no para la del patrimonial?

La parte final del artículo 1916 dispone que, en adición a los aspectos comentados, el órgano jurisdiccional debe considerar "las demás circunstancias del caso". El legislador reconoció que la cuantificación del daño moral no puede precisarse anticipadamente mediante fórmulas rígidas y abstractas, sino que debe dejarse margen al arbitrio judicial.

2. *Límites al importe de la indemnización*

A partir de la reforma de 1982 el Código Civil dejó de limitar el importe de la indemnización por daño moral. Sin embargo, otros ordenamientos aún establecen restricciones al respecto.

Destaca la Ley de 2006, que obliga al responsable de abusar de su derecho a la información y a la libertad de expresión a cubrir los costos de publicación o divulgación de la sentencia condenatoria. Cuando lo anterior no sea posible deberá pagar una indemnización en dinero sujeta al límite siguiente:

> Art. 41.—En los casos en que no se pudiere resarcir el daño en términos del artículo 39 se fijará indemnización tomando en cuenta la mayor o menor divulgación que el acto ilícito hubiere tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso, *en ningún caso el monto por indemnización deberá exceder de trescientos cincuenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal,* lo anterior no incluye los gastos y costas que deberá sufragar y que podrán ser restituidos conforme lo que dispone en estos casos el Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal...

Si el afectado es un servidor público el importe de la reparación en dinero podrá reducirse hasta en un 70 por ciento:

> Art. 41.—...
> En los casos de los sujetos contemplados en el artículo 33 de esta ley el Juez podrá, dependiendo las características especiales del caso, disminuir hasta en un setenta por ciento la cantidad máxima establecida en el presente artículo.

En los casos de reincidencia el Juez puede incrementar hasta en una mitad el monto máximo de la indemnización:

> ART. 43.—En caso de reincidencia, en el plazo de un año, el Juez podrá imponer hasta en una mitad más del monto máximo por indemnización.

b) PUBLICACIÓN O DIVULGACIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA A COSTA DEL RESPONSABLE

La segunda manera en que debe repararse el daño moral es por medio de la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria a costa del responsable. La Ley de 2006 ordena esta forma de reparación en los casos de abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión:

> ART. 39.—La reparación del daño comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del demandado, en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos y/u opiniones que constituyeron la afectación al patrimonio moral.

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley de 2006, citado en el inciso anterior, cuando sea posible la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria no se impondrá, además, la obligación de cubrir una indemnización dineraria. El Juez debe condenar a una u otra prestación, pero no a ambas.

Las personas morales también pueden pedir la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria. Si bien son entes incapaces de sufrir daño moral, pueden formarse una reputación y resentir perjuicios patrimoniales por menoscabo de ella.

B. TRANSMISIBILIDAD DEL CRÉDITO INDEMNIZATORIO DEL DAÑO MORAL

El derecho a recibir una indemnización por daño moral es intransmisible por acto *inter vivos* de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 1916.—...
> ...
> La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida...

La intransmisibilidad del crédito indemnizatorio por acto *inter vivos* fue bien recibida por la Doctrina.[18]

[18] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 249 y BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 376.

Conforme al artículo 1916 la acción de reparación solo es transmisible *mortis causa*, siempre que el perjudicado la haya intentado en vida. Pudiera preguntarse qué sucede si la víctima del daño moral fallece antes de si quiera tener oportunidad de promover el proceso judicial respectivo. ¿Es justo que los herederos estén impedidos para ejercer la acción correspondiente?

En abril de 2006 el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió que, no obstante el texto legal, el crédito indemnizatorio se transmite a los herederos en la hipótesis planteada.[19]

Por nuestra parte disentimos del criterio anterior, tanto por su desapego al texto legal como por su falta de *ratio iuris*: fallecida la víctima no hay necesidad de conceder a sus herederos la indemnización que correspondía a aquélla, *dado que su finalidad satisfactoria se ha tornado imposible.*

Lo asentado en el párrafo que antecede no impide que personas cercanas al difunto, herederas o no, exijan una indemnización por el daño moral que les ocasione la muerte de su ser querido. Lo anterior fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[20]

[19] Tesis de rubro: "DAÑO MORAL. HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1916, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL", Registro No. 174500, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XXIV, agosto de 2006, Página: 2169, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[20] Tesis de rubro: "RESPONSABILIDAD POR DAÑO MORAL. CUANDO LA VÍCTIMA DE UN ACTO ILÍCITO FALLECE, SU FAMILIA TIENE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA, NO ASÍ SUS HEREDEROS POR MEDIO DEL ALBACEA DE LA SUCESIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1849 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ)", Registro No. 173184, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XXV, febrero de 2007, Página: 549, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO TERCERO

CLÁUSULA PENAL

I. INTRODUCCIÓN

Probar los daños y/o perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación puede ser una labor sumamente difícil. La cláusula penal permite precuantificar su importe y reclamarlo sin necesidad de acreditarlos.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La cláusula penal —*stipulatio poenae*— fue una estipulación *condicional* que tuvo por objeto constreñir al deudor de una obligación preexistente a pagar una suma de dinero en caso de incumplimiento.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló la cláusula penal en una Sección intitulada "De las obligaciones con cláusulas penales".

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Normó la cláusula penal dentro de un Capítulo intitulado "De las renuncias y cláusulas que pueden contener los contratos".

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Regula la cláusula penal en un Título denominado "Arras, pena contractual".[2]

---

[1] PETIT, *op. cit.*, p. 476.

[2] Sobre el concepto y tipos de arras véase RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

El legislador alemán orientó sus disposiciones a la pena resultante del incumplimiento, más que al pacto que le da origen. En otras palabras: reguló la pena convencional y no la cláusula penal.

III. CONCEPTO DE CLÁUSULA PENAL

El Código Civil prevé el siguiente concepto de cláusula penal:

> ART. 1840.—Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida...

La norma anotada se ubica dentro del Capítulo relativo a los contratos, en un apartado intitulado "Cláusulas que pueden contener los contratos". En nuestra opinión todas las disposiciones referentes a la cláusula penal debieron situarse en el Capítulo relativo a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones.[3]

Desde el punto de vista doctrinal la cláusula penal es una norma jurídica emanada de la voluntad del autor o de las partes de un acto jurídico, de carácter accidental, que pre-cuantifica los daños y/o perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Norma jurídica

La cláusula penal —como toda cláusula—[4] es una norma jurídica, una regla de conducta sancionada por el Derecho.

- Emanada de la voluntad del autor o de las partes de un acto jurídico

La cláusula penal surge de la voluntad del autor o de las partes de un acto jurídico. Generalmente los contratantes son quienes acuerdan una pena convencional, sin embargo, también es posible que el autor de un acto jurídico unilateral se imponga una "pena" para el caso de incumplimiento.

- Carácter accidental

La cláusula penal tiene carácter accidental, lo que significa que necesariamente debe ser pactada o auto-impuesta para regir una relación jurídica. La Ley no prevé cláusulas penales supletorias de la voluntad de las partes.

[3] Gutiérrez y González también crítica la ubicación de las normas mencionadas, sin embargo, en opinión de este autor deberían trasladarse al Capítulo sobre los hechos ilícitos (*op. cit.*, p. 545).

[4] Véase capítulo décimo quinto.

- Pre-cuantifica daños y/o perjuicios

La cláusula penal determina en forma anticipada los daños y/o perjuicios que resultarán del incumplimiento de una obligación. Al estudiar la responsabilidad civil mencionamos que la Ley confiere a los particulares facultades amplias para regularla:

> ART. 2117.—La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa...

Los daños pre-cuantificados pueden ser patrimoniales o morales. Cuando las partes no distingan entre unos y otros consideramos que deberán entenderse comprendidos ambos.

En la práctica lo común es que la pre-cuantificación se realice mediante la fijación de una suma de dinero que deberá entregarse en concepto de reparación. Sin embargo, pueden estipularse otras prestaciones como bienes distintos del dinero o hechos. El artículo 1840 admite lo anterior al disponer: "pueden los contratantes estipular *cierta prestación* como pena...".

- Incumplimiento de una obligación

El derecho a la pena convencional nace con el incumplimiento de una obligación, lo cual el artículo 1840 reconoce al disponer que la pena es pactada "*...para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida*".

IV. PRESUPUESTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

La eficacia de la cláusula penal depende de dos elementos: de que la obligación cuya responsabilidad pretende pre-cuantificarse emane de una fuente existente y válida y de que su incumplimiento sea imputable al deudor.

A. OBLIGACIÓN EMANADA DE UNA FUENTE EXISTENTE Y VÁLIDA

La obligación objeto de la cláusula penal debe emanar de una fuente existente y válida:

> ART. 1841.—La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél...

La norma trascrita liga la eficacia estructural de la cláusula penal a la del contrato que origina la obligación cuyo cumplimiento busca reforzarse, pero

no a la inversa. En otras palabras, la inexistencia o nulidad del contrato repercute en la cláusula penal, pero la de ésta no impacta en aquél.

La regla prevista por el primer párrafo del artículo 1841 ha motivado que algunos autores atribuyan carácter accesorio a la cláusula penal,[5] arguyendo que sigue la suerte del contrato en el que se pacta.[6]

En nuestra opinión el primer párrafo del artículo 1841 es redundante, ya que si la cláusula penal es accesoria no era necesaria una norma que ligara su eficacia a la del contrato en el que se pacta: es un principio general del Derecho que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Asimismo, lo previsto por el párrafo de que se trata ya lo ordenan las disposiciones sobre inexistencia y nulidad.[7]

B. Incumplimiento imputable al deudor

El segundo presupuesto para la eficacia de la cláusula penal es que el deudor incumpla dolosa o culposamente su obligación:

> Art. 1847.—No podrá hacerse efectiva la pena cuando el obligado a ella no haya podido cumplir el contrato por hecho del acreedor, caso fortuito o fuerza insuperable.

El numeral citado impide al acreedor exigir la pena convencional si él provocó el incumplimiento o si derivó del caso fortuito o fuerza mayor. *A contrario sensu*, la pena convencional podrá reclamarse si el incumplimiento es imputable al deudor.

El artículo 1847 debería derogarse, ya que la cláusula penal pre-cuantifica la responsabilidad civil y el incumplimiento *imputable* al deudor es uno de sus elementos. En términos simples: la pena convencional es responsabilidad y no puede exigirse si hay una causa que la excluye.[8]

V. Ejecución de la cláusula penal

Cumplidos los presupuestos comentados en el apartado que antecede procede la ejecución de la cláusula penal. A continuación analizaremos qué puede reclamar el acreedor y qué debe probar.

---

[5] *Cfr.* Borja Soriano, *op. cit.*, p. 469; Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 547; Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 420.

[6] *Cfr.* Pothier, *op. cit.*, p. 207.

[7] "Art. 2238.—El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera."

[8] Distinta de la falta de causación de daños y/o perjuicios.

A. Conductas que puede exigir el acreedor

a) Derecho de opción

El acreedor afectado por el incumplimiento puede optar entre lo siguiente:

> Art. 1846.—El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida.

El artículo trascrito distingue dos tipos de cláusulas penales: la que pre-cuantifica los daños y/o perjuicios compensatorios y la que pre-cuantifica los moratorios.

Cuando se conviene una cláusula penal que anticipa el importe de los daños y/o perjuicios compensatorios, es decir, los derivados del incumplimiento definitivo de la obligación, el acreedor podrá optar entre exigir el cumplimiento de la deuda —si aún es posible— o el de la pena, pero no ambos. Lo anterior tiene sentido, ya que de obtener ambas prestaciones conseguiría un provecho injustificado a costa del deudor.[9]

Por el contrario, cuando se conviene una cláusula penal que anticipa el importe de los daños y/o perjuicios moratorios, es decir, los producidos por el retardo en el cumplimiento de la obligación, el acreedor puede exigir tanto la ejecución forzada como la pena, ya que la última solo refleja el impacto patrimonial resultante del retraso y no el derivado del incumplimiento definitivo.[10]

En la práctica es aconsejable que los contratantes convengan ambos tipos de cláusulas: una compensatoria y otra moratoria, a fin de obtener sus ventajas ante el incumplimiento definitivo o el retardo, respectivamente. También es recomendable que manifiesten en cada caso el tipo de cláusula que acuerdan.

La acumulación del cumplimiento con la pena también es posible si la obligación "no se presta de la manera convenida", por ejemplo, si pretende pagarse en un lugar distinto del acordado o con bienes de calidad inferior a la estipulada. En estas hipótesis el importe de la pena podrá servir de referente

---

[9] Por ejemplo, supóngase que una persona se obliga a entregar una obra de arte y las partes acuerdan que el incumplimiento definitivo dará lugar a una pena de cien mil pesos. La pena convenida representa el importe de los daños y/o perjuicios compensatorios, o sea, la suma en que el patrimonio del acreedor se verá afectado por la falta definitiva de pago. En caso de incumplimiento el acreedor podrá elegir entre la ejecución forzada o la pena, pero no ambas, ya que obtendría dos veces el mismo provecho económico. Se enriquecería injustamente a costa del deudor.

[10] Volviendo al ejemplo de la obra de arte, supóngase que las partes convienen que por cada día de retraso en la entrega el deudor abonará al acreedor doscientos pesos. En esta hipótesis la cláusula penal pre-cuantificará los daños y/o perjuicios moratorios, por lo que el acreedor podrá exigir tanto la obra como la pena.

para saber si fue convenida por incumplimiento definitivo —en cuyo caso no será procedente la acumulación— o por defectos de ejecución.[11]

b) MODIFICACIÓN DE LA PENA POR CUMPLIMIENTO PARCIAL

Nuestro Código Civil, al igual que su antecesor francés, incluye disposiciones que permiten al juzgador modificar la cuantía de la pena convencional en caso de cumplimiento parcial.

En primer lugar ordena que la pena convencional sea reducida en la misma proporción en que la deuda fue pagada:

> ART. 1844.—Si la obligación fue cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción.

El artículo trascrito presupone que el pago parcial es posible y que fue consentido por el acreedor.[12] Asimismo, da por sentado que el pago y la pena son susceptibles de fraccionarse en la misma medida:

Por ejemplo, supóngase que una persona debe a otra cinco botellas de vino de la misma calidad y que se pactó una pena convencional de diez mil pesos por su falta de entrega. Si el deudor entrega tres de las cinco botellas cumplirá su obligación en un sesenta por ciento, por lo que la pena deberá reducirse en la misma medida, es decir, en seis mil pesos.

La modificación se dificulta si la obligación y la pena no pueden fraccionarse en igual proporción:

> ART. 1845.—Si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación.

La hipótesis a que se refiere el numeral anotado supone que la obligación es divisible[13] y la pena indivisible, lo que impide que la última pueda modificarse de manera "exactamente proporcional".

Por ejemplo, supóngase que una persona debe a otra un kilogramo de oro y como pena convencional se pactó la entrega de un automóvil. Piénsese que el deudor solo paga quinientos gramos del metal ¿cómo deberá modificarse la pena convencional?

---

[11] *Cfr.* ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v.1, *op. cit.*, p. 189.

[12] "ART. 2078.—El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley."

[13] Si la obligación es indivisible no ha lugar al pago parcial ni a la aplicación de los artículos 1844 y 1845. En contra POTHIER, *op. cit.*, pp. 218 y 219.

El artículo 1845 dispone que el órgano jurisdiccional debe reducir la pena "de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación". Pero ¿cómo podrá "reducir" un automóvil?

El juzgador podría conceder al acreedor el cincuenta por ciento de derechos de copropiedad sobre el vehículo, sin embargo, esta solución podría ser incompatible con sus intereses. Pothier opinó, en un caso similar, que el acreedor puede exigir la totalidad de la pena siempre que cubra al deudor la diferencia entre su valor y lo efectivamente pagado.[14] En nuestra opinión el órgano jurisdiccional debe convertir la pena en dinero y conceder al acreedor la parte que le corresponda en función de lo pagado.

B. CARGA PROBATORIA

El acreedor de la pena convencional solo debe probar la existencia de la obligación principal y, en su caso, su incumplimiento, pero no los daños y/o perjuicios que efectivamente se le causaron:

> ART. 1842.—Al pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.

El artículo trascrito regula la ventaja principal de la cláusula penal: la posibilidad de obtener una indemnización con independencia de los daños y/o perjuicios sufridos y sin necesidad de probarlos.

VI. LÍMITES DE LA CLÁUSULA PENAL

El Código Civil establece dos límites con relación a la cláusula penal: la prohibición de demandar, junto con la pena convencional, el resarcimiento de los daños y/o perjuicios efectivamente sufridos y la prohibición de que la pena exceda en valor o en cuantía a la obligación principal.

A. EXCLUSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y/O PERJUICIOS EFECTIVOS

La estipulación de la cláusula penal impide al acreedor exigir, además de la pena convencional, la reparación de los daños y/o perjuicios efectivamente sufridos:

---

[14] *Ibid.*, p. 220.

ART. 1840.—Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. *Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios.*

La parte final de la disposición trascrita excluye la indemnización de los daños y/o perjuicios reales si se ha reclamado una cláusula penal. Esta limitante se apoya en que no debe imponerse al obligado dos veces la misma sanción por su incumplimiento.

Al momento de acordar la cláusula penal el acreedor deberá calcular con detenimiento el importe de la pena, a fin de que no resulte menor que los daños y/o perjuicios que pueda llegar a sufrir.

Por ejemplo, supóngase que a un arrendatario no le entregan a tiempo el inmueble arrendado y que consintió una pena convencional de quinientos pesos por cada día de retraso. Si para encontrar alojamiento el arrendatario se ve en la necesidad de desembolsar setecientos pesos diarios la cláusula penal le habrá resultado contraproducente, ya que no logrará resarcir todo el daño infligido.

B. VALOR Y CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

El segundo límite que la Ley impone a la cláusula penal es que no rebase ni en valor ni en cuantía a la obligación principal:

ART. 1843.—La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal.

A continuación analizaremos qué debe entenderse por "obligación principal", cuál es el valor y cuantía que debe considerarse y qué sucede si se infringe la prohibición prevista por el artículo 1843.

a) OBLIGACIÓN PRINCIPAL

La cláusula penal no debe exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal ¿pero qué debe entenderse por "obligación principal"?

La obligación principal es aquella cuyo cumplimiento busca reforzarse a través de la cláusula penal. No son todas las obligaciones emanadas de un contrato, ni necesariamente las que definen su esencia, sino aquella o aquellas a que se refirieron los contratantes al estipular la pena convencional.[15]

[15] Este criterio concuerda con lo expresado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis de Jurisprudencia intitulada "PENA CONVENCIONAL. CUÁL ES LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL EN LA", con número de registro "209385", *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, 85, enero de 1995; Pág. 61.

1. Débito o responsabilidad

Una vez determinada la obligación principal ha de precisarse a cuál de sus aspectos se refiere el artículo 1843: al débito —*schuld*— o a la responsabilidad —*haftung*—.

De atender a la responsabilidad se lograría una mayor protección para el acreedor, sin embargo, resultaría muy difícil —y en algunos casos imposible— anticipar con exactitud a cuánto ascenderá el menoscabo patrimonial derivado del incumplimiento. Asimismo, en caso de controversia tendrían que probarse los daños y/o perjuicios infligidos al acreedor a fin de demostrar que no superan el importe de la pena, desvirtuando la ventaja principal de la cláusula penal.

Por las razones expresadas concluimos que la pena convencional no debe exceder el valor o cuantía del débito.

2. Obligaciones de ejecución escalonada

En las obligaciones de ejecución escalonada surge la duda acerca de cuál es el valor o cuantía que no debe superar la cláusula penal.

Por ejemplo, la obligación de pagar la renta en el contrato de arrendamiento comúnmente es de ejecución escalonada, ya que debe cumplirse en diversos momentos durante la vigencia del contrato.[16] Supóngase que un inmueble se arrienda por un año y se conviene una renta mensual de diez mil pesos. Si se pacta una pena convencional por retraso en el pago de la renta ¿cuál es la cifra que no debe rebasarse? ¿Los diez mil pesos de la renta mensual o los ciento veinte mil que obtendrá el arrendador por todo el contrato?

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió que el importe que debe considerarse es el de la renta mensual.[17]

b) VALOR O CUANTÍA

¿Cuál es el valor o cuantía que debe tomarse en cuenta para fijar el importe de la cláusula penal? ¿Lo que el acreedor paga por el objeto debido o lo que las leyes del mercado indican?

Por ejemplo, supóngase que una persona paga diez mil pesos por una fotografía que le reporta un gran valor sentimental, pero que tiene nulo o escaso

[16] Véase capítulo décimo séptimo.

[17] Tesis de rubro: "ARRENDAMIENTO. CLAUSULA PENAL NO DEBE EXCEDER DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL", Registro No. 220949, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, VIII, diciembre de 1991, Página: 97, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

valor comercial. ¿Cuál será el valor o cuantía que servirá de referente para limitar el monto de la cláusula penal? ¿Los diez mil pesos que el comprador pagó por la fotografía o lo que ésta vale en el mercado?

De afirmar que el valor o cuantía de la obligación principal se determina *por la contraprestación que se ofrece por ella* se suprimiría la posibilidad de pactar cláusulas penales en los contratos gratuitos, ya que el beneficiario no da algo a cambio de lo que recibe. En este error incurrió la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[18]

Consideramos que para determinar el valor o cuantía de la obligación principal debe atenderse a la onerosidad o gratuidad del contrato que le da origen.

En los contratos onerosos el importe de la cláusula penal no debe superar el valor comercial de la obligación principal o el de la contraprestación que se da por ella, lo que sea más alto.

Por ejemplo, supóngase que una persona vende a otra un automóvil en ochenta mil pesos cuando su valor de mercado es de cien mil. Si se pacta una pena convencional por la falta de entrega del vehículo ésta no deberá exceder de cien mil pesos, que corresponden al valor de mercado. Por el contrario, si el precio de la compraventa es de ciento veinte mil pesos y el de mercado de cien mil, la cláusula penal no deberá rebasar de ciento veinte mil pesos.

Estimamos justo que la cuantía de la pena convencional se limite tomando como base el precio, si excede el valor de mercado de la obligación principal, ya que aquél refleja la plusvalía que el acreedor atribuye a su crédito. Si el deudor acepta verse favorecido por esa plusvalía también debe responsabilizarse de su importe en caso de incumplimiento.

En los contratos gratuitos solo puede atenderse al valor de mercado de la obligación principal, ya que en ellos no media contraprestación alguna.[19]

c) INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN PREVISTA POR EL ARTÍCULO 1843

Cabe preguntar si la cláusula penal que supera en valor o en cuantía a la obligación principal es nula en su totalidad o solo en la parte que la excede. La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito han sostenido en diversas ejecutorias que solo es nula la parte en que la cláusula penal supera el importe de la obligación principal.[20]

[18] Tesis de rubro: "CLAUSULA PENAL", Registro No. 344482, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CI, Página: 724, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[19] La valuación del objeto de algunas deudas de hacer o de no hacer puede generar dificultades prácticas, sin embargo, siempre debe poder tasarse en dinero ya que es uno de los elementos que conforma el concepto de obligación. Véanse capítulos primero y tercero.

VII. CLÁUSULA PENAL EN OBLIGACIONES COMPLEJAS POR LOS SUJETOS

El Código Civil destina los tres últimos artículos sobre la cláusula penal a regular su estipulación respecto de obligaciones complejas por lo sujetos.

A. OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

Cuando se pacta una pena convencional por el incumplimiento de una obligación mancomunada es aplicable lo siguiente:

> ART. 1848.—En las obligaciones mancomunadas con cláusula penal, bastará la contravención de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena.

En el capítulo vigésimo noveno de este libro mencionamos que la mancomunidad es un género que abarca tres especies: la simple mancomunidad, la solidaridad y las deudas indivisibles con pluralidad de sujetos. ¿A cuál quiso referirse el legislador?

Para determinar a qué especie de mancomunidad se refiere el artículo 1848 debemos acudir a su antecedente histórico: esta disposición proviene del Código Civil de 1884, que preveía una regla idéntica en su artículo 1318. Ahora bien, conforme a la legislación de 1884 la palabra "mancomunidad" designaba exclusivamente lo que hoy conocemos como "solidaridad". Consecuentemente, atendiendo a que el artículo 1848 fue copiado del Código Civil de 1884, las "obligaciones mancomunadas" a que alude son las obligaciones solidarias del Derecho vigente.

Habiendo resuelto la interrogante planteada corresponde analizar el contenido del numeral de que se trata: "en las obligaciones mancomunadas con cláusula penal, bastará la contravención de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena". Lo primero que debemos resaltar es que no es uno de los obligados solidarios que originalmente contrajeron la deuda quien la incumple, sino uno de sus herederos. La contravención de uno basta "para

[20] Tesis de rubro: "PENA CONVENCIONAL, ALCANCE JURÍDICO DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)", Registro No. 195687, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, VIII, agosto de 1998, Página: 756, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

que se incurra en la pena", lo que hace pensar que el acreedor podrá exigirla a cualquiera por entero. Sin embargo, el artículo siguiente prevé:

> ART. 1849.—En el caso del artículo anterior, cada uno de los herederos responderá de la parte de la pena que le corresponda, en proporción a su cuota hereditaria.

La disposición anotada limita la responsabilidad del heredero a "la parte de la pena que le corresponda, en proporción a su cuota hereditaria". No es claro si la limitante es oponible al acreedor o únicamente faculta al heredero que paga a repetir contra los demás.[21]

B. OBLIGACIONES INDIVISIBLES

Cuando se conviene una pena convencional por el incumplimiento de una obligación indivisible rige lo siguiente:

> ART. 1850.—Tratándose de obligaciones indivisibles, se observará lo dispuesto en el artículo 2007.

El numeral citado no aclara a qué supuesto se refiere, sin embargo, por continuidad con los artículos que le preceden entendemos que alude al incumplimiento de la obligación indivisible por uno de los *herederos del deudor*. Por su parte, el artículo 2007 prevé:

> ART. 2007.—Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la completa ejecución indivisible, obligándose a dar suficiente garantía para la indemnización de los demás coherederos, pero no puede por sí solo perdonar el débito total, ni recibir el valor en lugar de la cosa...

El artículo trascrito regula la *exigibilidad del crédito* indivisible que ha sido transmitido a dos o más *herederos del acreedor*. Carece de sentido que el artículo 1850 remita a él, dado que el Código Civil venía regulando el *incumplimiento de la obligación* con cláusula penal por uno de los *herederos del deudor*. En su caso, el legislador debió ordenar la aplicación del siguiente dispositivo:

> ART. 2010.—Pierde la calidad de indivisible, la obligación que se resuelve en el pago de daños y perjuicios y, entonces, se observarán las reglas siguientes:

[21] En contraste, el Código Civil de 1884 sí era claro al respecto:

"ART. 1319.—El acreedor podrá exigir la pena del contraventor en todo caso, o de cualquiera de los coherederos, siempre que notificados éstos de la falta del requerido, no rediman la pena cumpliendo con la obligación."

I. Si para que se produzca esa conversión hubo culpa de parte de todos los deudores, todos responderán de los daños y perjuicios proporcionalmente al interés que representen en la obligación;

II. Si sólo algunos fueron culpables, únicamente ellos responderán de los daños y perjuicios.

Concluimos que los artículos 1848, 1849 y 1850 deberían derogarse. El Código Civil vigente —a diferencia de su antecesor— sí prevé una Teoría General de las Obligaciones, por lo que son innecesarios.[22]

VIII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENA CONVENCIONAL

Por su configuración se discute si la pena convencional es una obligación alternativa, facultativa o sujeta a condición.

El derecho del acreedor para optar entre el cumplimiento de la deuda o la pena da a ésta la apariencia de una obligación alternativa. Sin embargo, no lo es dado que la facultad de elegir nace al incumplirse la obligación y no al momento de formarse, lo que revela la existencia de dos relaciones distintas: "Se diferencia también la cláusula penal de la *obligación alternativa* —explica Castán Tobeñas— en que en ésta hay un sólo vínculo con dos objetos distintos, de los que, en definitiva, se deberá uno solo, mientras que en la cláusula penal existen dos obligaciones, cada una con su propio objeto".[23]

Algunos juristas ven en la pena convencional una obligación facultativa. Tienen la idea de que una vez pactada, el deudor puede liberarse de su obligación satisfaciendo la pena en lugar de la conducta debida. Esta visión es incompatible con lo previsto por el Código Civil: el acreedor es el facultado a elegir entre el cumplimiento o la pena, no el deudor. Si la ejecución forzada es posible el acreedor puede solicitarla y obtener el objeto de la obligación incumplida:

> De la *obligación facultativa* —continúa Castán Tobeñas— se distingue en que en el régimen normal de la cláusula penal no se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de

[22] Los artículos 1848 y 1849 constituyen o no reglas especiales a lo previsto en materia de obligaciones solidarias dependiendo del criterio que se siga sobre su división como consecuencia de su transmisión *mortis causa*:

"ART. 1998.—Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores."

[23] CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 172.

liberarse de la obligación pagando la pena. Cuando por pacto expreso se establezca así... parece que la cláusula penal pierde su propio carácter y se convierte en la llamada *pena de arrepentimiento* (multa *poenitencialis*), que implica una *facultas alternativa* del deudor y, por consiguiente, entra dentro del tipo de la obligación facultativa.[24]

En nuestra opinión la pena convencional es una obligación sujeta a *condición suspensiva*. Al formarse la obligación principal el derecho a la pena existe en potencia, pero no en acto. Ésta nace con la falta de pago: el incumplimiento es el acontecimiento futuro y contingente de cuyo advenimiento depende su existencia.

La solución ofrecida constituye una excepción a lo previsto por el siguiente artículo:

> ART. 1944.—Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.

En la pena convencional el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, ya que corresponde a él decidir si paga o no la obligación principal. Sin embargo, encontramos la excepción plenamente justificada: la *ratio iuris* del artículo 1944 es imprimir seriedad a la obligación condicional, impedir que para el deudor sea cómodo librarse de ella.[25] En la hipótesis objeto de estudio el deudor solo puede evitar el cumplimiento de la condición *pagando la obligación principal*, lo que en sí representa un escenario favorable para el acreedor.

Si bien la pena convencional es una deuda distinta de la obligación principal, una y otra se encuentran entrelazadas por disposición legal: el cumplimiento de una extingue la otra, a menos que la primera se pacte por el simple retraso.

IX. PROMESA DE *PORTE-FORT*

En este apartado comentaremos el segundo y tercer párrafos del artículo 1841 del Código Civil:

> ART. 1841.—La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél.
>
> Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta de consentimiento de dicha persona.

[24] *Loc. cit.*

[25] Véase capítulo vigésimo quinto.

Lo mismo sucederá cuando se estipule con otro, a favor de un tercero, y la persona con quien se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.

Los párrafos segundo y tercero de la disposición trascrita pretenden establecer excepciones al carácter accesorio de la cláusula penal.

El párrafo segundo prevé la denominada promesa de *porte-fort*, que será comentada más adelante.

El párrafo tercero alude a la estipulación a favor de tercero: permite convenir una pena convencional para el caso de que el promitente no cumpla la obligación asumida. Esta norma es innecesaria y no constituye una excepción a la naturaleza accesoria de la cláusula penal. La estipulación a favor de tercero es fuente de obligaciones conforme a lo previsto por el Código Civil: si hay obligación puede haber cláusula penal. Asimismo, la eficacia de la cláusula penal estará supeditada a la de la estipulación a favor de tercero de acuerdo con el primer párrafo del mismo artículo 1841. Concluimos que el párrafo de referencia debería derogarse.

A. ORÍGENES DE LA PROMESA DE *PORTE-FORT*

La promesa de *porte-fort* data del Derecho Romano. Diversos pasajes del *Corpus Iuris Civilis* aluden a la posibilidad de que una persona se obligue a que otra ejecute una conducta.

El Código Napoleón reguló la promesa de *porte-fort* como excepción a la prohibición de prometer por otro:

> ART. 1119.—En general nadie puede obligarse ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo.
>
> ART. 1120.—Sin embargo se puede tratar en nombre de un tercero, prometiendo el hecho de este; quedando salvo el derecho de indemnización contra el que así trató o prometió hacer ratificar el pacto, si es que el tercero se niega a pasar por lo convenido.

La Doctrina explicó que la promesa de *porte-fort*[26] no constituye una excepción a lo que preveía el artículo 1119:

[26] La expresión "*porter fort*", que en español suele traducirse como "responder por" o "avalar a", se encuentra en la primera parte del artículo 1120 del ordenamiento francés: "*Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci...*".

Ese convenio está previsto por el artículo 1120 —afirma Gaudemet—, pero la redacción de ese precepto es defectuosa. La ley parece presentar el convenio como una promesa por otro, permitida excepcionalmente; "a pesar de ello, puede uno salir garante". Es una forma inexacta de concebir las cosas. El garante no promete el hecho ajeno, sino su propio hecho; se obliga a que otro otorgue su consentimiento. No hay pues ninguna excepción a la regla del artículo 1119. El garante, con su promesa, obliga sólo a sí mismo.[27]

B. Regulación en el Código Civil

a) La promesa de *porte-fort* como fuente de obligaciones

El artículo 1841 es la única disposición del Código Civil que regula la promesa de *porte-fort*, consistente en el compromiso que asume una persona de lograr que un tercero ejecute una conducta.[28]

Cuando se estipula una cláusula penal con motivo de una promesa de *porte-fort* la primera tiene carácter principal y no accesorio, de acuerdo con el artículo 1841. Pareciera que esta promesa no genera una obligación principal a la cual pueda vincularse la eficacia de la cláusula penal. De ahí la necesidad de dotarla de autonomía.

Es preciso resolver si la promesa de *porte-fort* genera o no una obligación a fin de obtener una conclusión respecto del segundo párrafo del artículo 1841.

Los juristas franceses explicaron con acierto que la promesa de *porte-fort* no autoriza a prometer por otro, sino a ofrecer un hecho propio: *convencer a otro de ejecutar una conducta.* ¿Esta acción de convencimiento puede ser objeto de una obligación?

El Código Civil exige dos requisitos para que un hecho pueda ser objeto de una deuda: que sea posible y que sea lícito:[29]

> Art. 1827.—El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:
> I. Posible;
> II. Lícito.

La acción de convencimiento es posible tanto física como jurídicamente, dado que es compatible con las leyes naturales y con el Derecho.[30] Incluso si el promitente alega que le fue *imposible* lograr el convencimiento valdrá la obligación, ya que con seguridad alguien distinto de él hubiera podido conseguirlo.[31]

Con relación a la licitud opinamos que la acción de convencimiento será lícita siempre que busque persuadir al tercero para que ejecute un hecho lícito.

Concluimos que la acción de convencimiento puede constituir el objeto de una obligación y que la promesa de *porte-fort* genera consecuencias jurídicas por sí misma. De igual modo, consideramos que la cláusula penal que se estipule con motivo de ella tiene carácter accesorio como cualquier otra, por lo que el segundo párrafo del artículo 1841 debería derogarse. En sentido similar se pronuncia Bejarano Sánchez.[32]

b) Maneras de configurar la promesa de *porte-fort*

La promesa de *porte-fort* puede configurarse de dos maneras: como una obligación de *medios* o como una de *resultados.*

Se configura como obligación de *medios* si se da por cumplida por el hecho de que el promitente efectúe las gestiones de convencimiento, con independencia de si el tercero ejecuta o no la conducta esperada.

Por el contrario, se configura como obligación de *resultados* si solo se da por cumplida cuando el tercero ejecuta la conducta esperada.[33]

En nuestra opinión, cuando de lo pactado por las partes no se desprenda claramente si el promitente asumió una obligación de medios o una de resultados debe entenderse lo primero, siguiendo el principio consistente en que las cláusulas de un contrato deben interpretarse contra el acreedor.[34]

---

[27] Gaudemet, *op. cit.*, p. 254.

[28] Por ejemplo, supóngase que una agencia de relaciones públicas se compromete con una empresa a conseguir que una celebridad promocione uno de sus productos.

[29] Véase capítulo tercero.

[30] "Art. 1828.—Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

[31] "Art. 1829.—No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él."

[32] Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 181.

[33] Ambas hipótesis son reconocidas por la Doctrina alemana. *Cfr.* Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

[34] D. 45. 38. 18. "Cuando en las estipulaciones se duda qué es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante."

Capítulo Cuadragésimo Cuarto

PACTO COMISORIO TÁCITO

I. INTRODUCCIÓN

Ante el incumplimiento de un contrato bilateral el acreedor puede solicitar su rescisión o su ejecución forzada, más la indemnización de daños y/o perjuicios en ambos casos. El pacto comisorio tácito alude a la primera de estas posibilidades.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

El pacto comisorio tuvo su mayor desarrollo en la compraventa. Con el nombre *lex commisoria* se designó la cláusula que permitía al vendedor dar por terminado el contrato ante el incumplimiento del comprador.[1]

B. Código Napoleón

Reguló el pacto comisorio tácito dentro de la Sección correspondiente a las obligaciones condicionales, en un apartado intitulado "De la condición que disuelve el contrato".

C. Código Civil de 1884

Reglamentó el pacto comisorio en el Capítulo relativo a las obligaciones condicionales.

---

[1] *Cfr.* D'Ors, *op. cit.*, p. 580.

D. Código Civil Alemán
(*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Reguló el pacto comisorio en un Título denominado "Contrato Bilateral" y no dentro del relativo a las obligaciones condicionales.

III. CONCEPTO DE PACTO COMISORIO TÁCITO

El concepto de pacto comisorio tácito debe construirse a partir de la siguiente disposición:

> Art. 1949.—La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.
>
> El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Partiendo de lo previsto por el numeral trascrito ofrecemos el siguiente concepto de pacto comisorio tácito: cláusula natural de los contratos bilaterales que faculta a una de las partes a demandar su rescisión por el incumplimiento imputable de la otra.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Cláusula natural

El pacto comisorio tácito es una cláusula natural, lo que significa que la Ley la aplica supletoriamente al contrato si las partes no convinieron algo al respecto.

El pacto comisorio nació en Roma como una cláusula *accidental* de la compraventa, que solo regía el negocio si era acordado por las partes. Posteriormente, durante el periodo anterior a la codificación, se le atribuyó carácter *natural* al darlo por sobrentendido en todos los contratos bilaterales.

El artículo 1949 atribuye el carácter de natural a la cláusula al disponer: "la facultad de resolver las obligaciones *se entiende implícita* en las recíprocas".

El pacto comisorio es una cláusula *natural* y no *esencial* ya que cualquier contrato bilateral puede subsistir sin ella. Las partes pueden renunciar válidamente al derecho a demandar la rescisión, manteniendo el de exigir la ejecución forzada del contrato y/o la indemnización correspondiente.

- Contratos bilaterales

Solo los contratos bilaterales están sujetos al pacto comisorio tácito, ya que son los únicos que originan obligaciones recíprocas.

Pareciera que en los contratos unilaterales el afectado por el incumplimiento debe contentarse con su ejecución forzada y/o con la indemnización respectiva. En este sentido se expresa Borja Soriano.[2] Sin embargo nada impide que en los contratos unilaterales se pacte la posibilidad de recisión como cláusula accidental.

- Faculta a una de las partes

El pacto comisorio faculta a una de las partes, pero no a ambas. Solo el perjudicado por el incumplimiento puede optar por rescindir el negocio.

- Demandar

El derecho conferido por el pacto comisorio debe ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales.

- Rescisión

El legislador de 1928 empleó el término "rescisión" en tres sentidos: para referirse a algunas nulidades,[3] para designar la terminación del contrato por causas distintas de la falta de pago[4] y para nombrar su terminación por incumplimiento.[5] La Doctrina lo ha utilizado en el tercer sentido.

A fin de evitar malentendidos la palabra "rescisión" debe reservarse exclusivamente para designar *la terminación retroactiva de un contrato por el incumplimiento de una obligación imputable al deudor.*

---

[2] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 486.

[3] Por ejemplo, antes de diciembre de 1983 la nulidad por causa de lesión era llamada "rescisión":

"Art. 17.—Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la *rescisión* del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación..."

[4] Sirva de referencia lo previsto en el siguiente artículo:

"Art. 2408.—El contrato de arrendamiento no se rescinde por la muerte del arrendador ni del arrendatario, salvo convenio en otro sentido."

[5] Sirva de referencia lo previsto en la siguiente disposición:

"Art. 1971.—Si ambas cosas se perdieron por culpa del deudor, podrá el acreedor exigir el valor de cualquiera de ellas con los daños y perjuicios, o la rescisión del contrato."

- Incumplimiento imputable de la otra

La rescisión debe fundarse en el incumplimiento imputable de la contraparte. Si la obligación no puede cumplirse por causas extrañas al deudor no habrá rescisión sino, en su caso, terminación del contrato por imposibilidad subsiguiente.

IV. PRESUPUESTOS DEL PACTO COMISORIO TÁCITO

El pacto comisorio tácito presupone tres elementos: una obligación recíproca, su incumplimiento imputable al deudor y un perjudicado. A continuación comentaremos cada uno.

A. Obligación recíproca

Por regla general el incumplimiento de cualquier obligación recíproca autoriza al acreedor a demandar la rescisión del contrato. Sin embargo, esta regla admite una excepción:

> Art. 1951.—Respecto de bienes muebles no tendrá lugar la rescisión...

La norma trascrita excluye el pacto comisorio ante el incumplimiento de una obligación recíproca cuya correlativa tenga por objeto bienes muebles.

Por ejemplo, supóngase que Juan vende a Luis un automóvil en cien mil pesos y que el último no paga el precio. En esta hipótesis Luis incumplió una obligación recíproca —el pago del pecio— cuya correlativa tenía por objeto un bien mueble —el automóvil—. Conforme al artículo 1951 Juan no podrá demandar la rescisión del contrato, por lo que deberá conformarse con su ejecución forzada y/o con la indemnización correspondiente.

La *ratio iuris* del artículo 1951 es proteger a los terceros de buena fe que hubieren contratado con el deudor incumplido.

Volvamos al ejemplo anotado: piénsese que Juan entregó a Luis el vehículo vendido y que éste a su vez lo enajenó a un tercero de buena fe. Si se autorizara la rescisión se destruirían retroactivamente los efectos de la compraventa que legitimó a Luis a enajenar el automóvil, lo que permitiría a Juan reivindicarlo del tercero. Lo anterior dañaría seriamente la seguridad de tráfico: cualquier adquirente de bienes muebles estaría expuesto a la rescisión que intentara el acreedor de su enajenante.

Estimamos acertada la *ratio iuris* que inspiró la norma de que se trata, sin embargo, opinamos que el legislador se extralimitó al redactarla. La disposición correlativa del Código Civil de 1884 era mucho más justa:

> Art. 1352.—Respecto de bienes muebles, haya o no habido estipulación expresa, *nunca tendrá lugar dicha resolución contra el tercero que los adquirió de buena fe.*

El numeral trascrito excluía la acción de rescisión únicamente si podía afectar a terceros de buena fe. *A contrario sensu*, permitía su ejercicio cuando la propiedad del bien yacía en el patrimonio del deudor o cuando hubiese sido transmitida a un tercero de mala fe. Consideramos que así debe interpretarse el artículo 1951 del ordenamiento vigente, lo que en parte confirma el siguiente numeral:

> Art. 2300.—La falta de pago del precio da derecho para pedir la rescisión del contrato, aunque la venta se haya hecho a plazo; *pero si la cosa ha sido enajenada a un tercero*, se observará lo dispuesto en los artículos 1950 y 1951.

Cabe señalar que el artículo 1951 prevé un supuesto en que sí puede demandarse la rescisión "respecto de bienes muebles", incluso en perjuicio de terceros:

> Art. 1951.—Respecto de bienes muebles no tendrá lugar la rescisión, *salvo lo previsto para las ventas en las que se faculte al comprador a pagar el precio en abonos.*

La parte final del artículo trascrito autoriza la rescisión "en las ventas en las que se faculte al comprador a pagar el precio en abonos". En realidad la rescisión no es procedente en todas las compraventas en abonos, sino solo en las que el comprador sea persona moral, tengan por objeto bienes muebles que sean susceptibles de identificarse indubitablemente y se hayan inscrito en el Registro Público.[6]

B. Incumplimiento imputable al deudor

El segundo presupuesto del pacto comisorio tácito es el incumplimiento imputable al deudor de la obligación recíproca a su cargo. Respecto a qué es incumplimiento y a qué significa que sea imputable remitimos a lo comentado en los capítulos trigésimo octavo, cuadragésimo y cuadragésimo primero de este libro.

En opinión de un sector de la Doctrina no cualquier incumplimiento de una obligación recíproca faculta al acreedor a demandar la rescisión del contrato, sino solo el que revista cierta gravedad: "Para que un incumplimiento sea causa de rescisión de un contrato —sostiene Sánchez Medal—, es menester que tal incumplimiento sea de *consideración*, en atención a la *importancia* de la

[6] Artículo 2310.

obligación incumplida, pues los *pequeños incumplimientos* no sirven de fundamento a una acción de rescisión".[7]

En apoyo de su criterio Sánchez Medal invoca una disposición del Código Civil italiano[8] y algunos artículos del nuestro relativos a la rescisión del arrendamiento por causas graves.[9]

Bejarano Sánchez, quien comparte la tesis de Sánchez Medal, confía a los jueces la determinación de la gravedad del incumplimiento a fin de declarar o no la rescisión del contrato.[10]

Por nuestra parte disentimos de los autores citados. El artículo 1949 no distingue entre incumplimientos graves y no graves, sino que alude genéricamente al "caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe". Salvo que los contratantes hayan estipulado el tipo de incumplimiento que dé lugar a la rescisión o la Ley lo determine en casos específicos, cualquier trasgresión de la obligación recíproca concederá los derechos derivados del pacto comisorio.[11]

C. Perjudicado

El tercer presupuesto del pacto comisorio es la existencia de un perjudicado. Por "perjudicado" entendemos la contraparte que cumplió su obligación o que no la cumplió por una causa legítima.

a) Procedencia del pacto comisorio ante el cumplimiento de la contraparte

Por regla general la contraparte deberá probar que cumplió la deuda recíproca a su cargo a fin de obtener la rescisión del contrato. Si bien este requisito no se encuentra plasmado expresamente en el artículo 1949, se desprende de la frase "para el caso de que *uno de los obligados* no cumpliere lo que le incumbe".

---

[7] Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 130.

[8] "Art. 1455.—Importancia del incumplimiento.

El contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes reviste escasa importancia, teniendo en cuenta los intereses de la otra."

[9] "Art. 2489.—El arrendador puede exigir la rescisión del contrato:...

IV. Por daños *graves* a la cosa arrendada imputables al arrendatario;..."

[10] Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 372.

[11] Algunos Códigos Civiles de los Estados de la República sí exigen un incumplimiento sustancial para que pueda demandarse la rescisión, como ocurre con el que rige en el Estado de Guanajuato:

"Art. 1437—...

Para que opere la condición resolutoria *deberá mediar incumplimiento substancial de la obligación* de una de las partes a juicio del Juez."

El pacto comisorio presupone que *uno* de los contratantes incumplió su deuda, no ambos. Lo anterior fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[12]

b) Procedencia del pacto comisorio no obstante la falta de cumplimiento de la contraparte

La regla indicada en el inciso que antecede admite excepciones, es decir, hipótesis en que la contraparte puede demandar la rescisión del contrato a pesar de no haber cumplido lo que le correspondía. El escenario más común es que su obligación no fuese exigible al tiempo que el deudor incumplió la suya:

Por ejemplo, supóngase que Juan vende a Luis un reloj en mil pesos, que aquél se obligó a entregarlo el primero de junio y éste a pagar su precio el primero de agosto. Piénsese que transcurre el primero de junio sin que Juan haya entregado el reloj ¿podrá Luis demandar la rescisión de la compraventa? La respuesta es sí, ya que su deudor incurrió en mora y él no.

La existencia de deudas de pago sucesivo no es el único escenario que permite a la contraparte demandar la rescisión del contrato sin haber cumplido lo que le incumbe. Es posible que las deudas sean de cumplimiento simultáneo, o incluso que la contraparte debiera pagar la suya antes, pero no haya podido hacerlo por una causa imputable al deudor. En estos casos también habrá "perjudicado" y será procedente la rescisión.

Volviendo al ejemplo de la compraventa del reloj, supóngase que Juan estuvo dispuesto a entregarlo el primero de junio pero Luis rechazó el pago. Posteriormente transcurre el primero de agosto sin que Luis cubra el precio ¿podrá Juan demandar la rescisión? La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, en un caso similar, que el vendedor puede demandar la rescisión del contrato incluso sin haber consignado el bien vendido.[13]

V. Ejecución del pacto comisorio tácito

El segundo párrafo del artículo 1949 concede al perjudicado el derecho de optar entre lo siguiente:

---

[12] Tesis de rubro: "Contratos bilaterales, mora en los", Registro No. 392308, Localización: Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Ap. 1995; Tomo IV, Página: 124, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

[13] Tesis de rubro: "Compraventa, negativa del comprador a recibir la cosa", Registro No. 272504, Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, XIII, Página: 156, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

ART. 1949.—...

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Conforme a la norma trascrita la contraparte del deudor que incumplió puede exigir la ejecución forzada o la "resolución" de la "obligación", junto con una indemnización en ambos casos. Puede también pedir la "resolución" después de haber optado por la ejecución forzada si ésta resulta imposible.

En realidad el perjudicado no demanda la "resolución de la obligación" sino *la rescisión del contrato*. El legislador utilizó el vocablo "resolución" y no "rescisión" por considerar al pacto comisorio una condición resolutoria, aspecto que comentaremos más adelante. Asimismo, aludió a la "obligación" y no al "contrato" por confundir aquélla con el acto que la origina.[14]

A. CONTENIDO DEL DERECHO DE OPCIÓN

El derecho de opción concedido por el artículo 1949 permite elegir entre la ejecución forzada y la rescisión, más una indemnización en ambos casos.

a) EJECUCIÓN FORZADA E INDEMNIZACIÓN

El acreedor de una obligación incumplida puede demandar su ejecución forzada. Respecto a lo que debe entenderse por "ejecución forzada" y su procedencia en las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer remitimos a lo comentado en el capítulo trigésimo noveno de este libro.

Junto con la ejecución forzada puede exigirse la reparación de los daños y/o perjuicios derivados del retraso en el pago. Por regla general esta indemnización será moratoria y no compensatoria, de acuerdo con lo explicado en el capítulo cuadragésimo.

b) RESCISIÓN E INDEMNIZACIÓN

A continuación analizaremos separadamente la rescisión y la indemnización que puede pedirse junto con ella.

1. *Rescisión*

La rescisión es la terminación retroactiva de un contrato por el incumplimiento de una obligación imputable al deudor.

[14] Esta crítica fue formulada antes por DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 179, n. 251.

■ Destrucción retroactiva de los efectos del contrato

La rescisión termina el contrato y sus efectos hacia el pasado, como si nunca hubiesen existido.[15]

La compraventa es el contrato que mejor ejemplifica la destrucción retroactiva de sus efectos:

Supóngase que Juan vende a Luis una vaca en veinte mil pesos. Piénsese que el primero entrega al animal pero el segundo no paga su precio. Si Juan demanda la rescisión finalizará la compraventa y revertirá sus efectos: la propiedad de la vaca retornará a su patrimonio como si nunca hubiese salido de ella[16] y se extinguirá la obligación de Luis de pagar el precio. Los frutos que hubiese generado el animal durante el tiempo que rigió el contrato pertenecerán también a Juan,[17] dado que, por efecto de la rescisión, siempre fue su propietario.

■ Destrucción de los efectos del contrato para el futuro

En ocasiones el afectado por el incumplimiento deberá conformarse con la terminación del contrato para el futuro, dada la imposibilidad de destruir retroactivamente sus efectos. En estos casos, dice Von Thur, hay "rescisión con efecto *ex nunc*".[18]

La extinción de efectos hacia el futuro se verifica en los contratos que generan obligaciones de ejecución sucesiva y en algunos que producen deudas de ejecución escalonada. Respecto de éstos, se afirma, no hay rescisión sino *resiliación*:[19]

Tanto la resiliación —o rescisión con efecto *ex nunc*— como la rescisión son *causas de terminación de los contratos*. La diferencia entre una y otra figura radica en que la primera extingue sus efectos para el futuro y la segunda lo hace retroactivamente.

2. *Indemnización*

El artículo 1949 faculta al perjudicado a exigir una indemnización junto con la rescisión del contrato. La indemnización que puede reclamar es de tipo *compensatorio*, ya que busca reparar los daños y/o perjuicios derivados del *incumplimiento definitivo* de la obligación recíproca. La indemnización *moratoria* es in-

[15] *Cfr.* GAUDEMET, *op. cit.*, p. 444.

[16] Sujeto a lo comentado respecto de derechos adquiridos por terceros de buena fe.

[17] *Cfr.* ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 251.

[18] *Cfr.* VON THUR, t. 2, *op. cit.*, pp. 126 y 127.

[19] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 902 y 904. LOZANO NORIEGA, *op. cit.*, p. 39.

compatible con la rescisión, ya que su efecto extintivo-retroactivo excluye la posibilidad de un pago tardío.

El derecho a la reparación en los casos de rescisión existe desde el Código Napoleón, sin embargo, es difícil justificarlo en el plano técnico-jurídico. Si la rescisión extingue retroactivamente los efectos del contrato ¿por qué puede reclamarse una indemnización por el incumplimiento de una obligación *que nunca existió*?

La facultad para reclamar una indemnización concedida por el artículo 1949 nos permite concluir que, en nuestro Derecho, *el efecto extintivo-retroactivo de la rescisión no es absoluto*. La figura deja subsistentes las consecuencias del contrato vinculadas con el incumplimiento, como la responsabilidad civil o las cláusulas penales estipuladas para pre-cuantificarla, por citar algunas.

B. Ejercicio del derecho de opción

Una vez que el deudor incumple la obligación recíproca a su cargo corresponderá al acreedor elegir entre la ejecución forzada o la rescisión del negocio, junto con la indemnización a que hemos hecho referencia. No existe uniformidad en la Doctrina sobre cómo debe ejercitarse el derecho de opción.

Gutiérrez y González opina que el acreedor puede ejercitar su derecho de opción extrajudicialmente, al menos por lo que se refiere a la rescisión.[20]

Por nuestra parte consideramos que el derecho de opción solo puede ejercitarse judicialmente, a menos que las partes dispongan algo distinto, de acuerdo con lo que comentaremos al estudiar el pacto comisorio expreso.[21]

Estimamos que el artículo 1949 debe interpretarse armónicamente con otras disposiciones que aluden a la posibilidad de que el perjudicado "pida" la rescisión del contrato.[22] El verbo "pedir" denota que la *solicitud* debe dirigirse a alguien, en este caso, a los Tribunales.

---

[20] Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 603-611 y 1210-1213.

[21] En favor de la intervención de los órganos jurisdiccionales se pronuncian también Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 129, Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 370, Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 265, y Borja Soriano, *op. cit.*, p. 489.

[22] Sirvan de referencia las siguientes:

"Art. 2259.—Si la venta se hizo sólo a la vista y por acervo, aun cuando sea de cosas que se suelen contar, pesar o medir, se entenderá realizada luego que los contratantes se avengan en el precio, y el comprador *no podrá pedir la rescisión del contrato* alegando no haber encontrado en el acervo la cantidad, peso o medida que él calculaba."

"Art. 2300.—La falta de pago del precio *da derecho para pedir la rescisión del contrato*, aunque la venta se haya hecho a plazo; pero si la cosa ha sido enajenada a un tercero, se observará lo dispuesto en los artículos 1950 y 1951."

C. Extinción del derecho de opción

El derecho de opción se extingue con su ejercicio. Una vez que el perjudicado opta por la ejecución forzada no puede pedir posteriormente la rescisión. Lo mismo ocurre en el caso inverso: una vez que se demanda la rescisión no puede exigirse la ejecución forzada. Esta regla admite una excepción: la parte final del artículo 1949 permite al perjudicado que demandó la ejecución forzada pedir la rescisión si la primera resulta imposible.

Esta excepción no es del todo discrecional: el perjudicado que ha escogido la ejecución forzada no puede cambiar caprichosamente de opinión y solicitar la rescisión, *sino que debe fundarse en la imposibilidad de realizar aquélla*.

Por ejemplo, supóngase que Juan compra un cuadro a Luis. Piénsese que el primero pagó el precio y el segundo no entregó la obra. Si Juan exige la ejecución forzada no podrá pedir posteriormente la rescisión por su sola conveniencia —verbigracia, porque perdió el gusto por la pintura—, sino que deberá apoyar su solicitud en la imposibilidad de llevar a cabo la primera —verbigracia, porque Luis destruyó el cuadro—.

VI. PACTO COMISORIO EXPRESO

Las palabras "pacto comisorio expreso" pueden entenderse en tres sentidos: como la regulación convencional del pacto comisorio, como la reproducción del texto del artículo 1949 o como la rescisión *ipso iure*.

A. Regulación convencional del pacto comisorio

Las partes pueden estipular diversos aspectos del pacto comisorio, como restringir su procedencia a determinados incumplimientos, establecer la manera y tiempo en que deberán efectuarse las restituciones, fijar el alcance de la indemnización a que haya lugar, entre otras. Incluso pueden pactar que sea un tercero quien decida si el contrato debe ser rescindido, en cuyo caso será aplicable la siguiente disposición:

> Art. 1952.—Si la rescisión del contrato dependiere de un tercero y éste fuese dolosamente inducido a rescindirlo, se tendrá por no rescindido.

"Art. 2421.—El arrendador responde de los vicios o defectos de la cosa arrendada que impidan el uso de ella, aunque él no los hubiese conocido o hubiesen sobrevenido en el curso del arrendamiento, sin culpa del arrendatario. Este *puede pedir la disminución de la renta o la rescisión del contrato*, salvo que se pruebe que tuvo conocimiento antes de celebrar el contrato, de los vicios o defectos de la cosa arrendada."

Los acuerdos que adopten los contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad regirán el negocio mientras no contravengan el orden público.[23]

B. Reproducción del texto del artículo 1949

El "pacto comisorio expreso" también puede designar la reproducción del texto del artículo 1949 en un contrato. Pareciera ocioso que las partes convengan que gozarán de los derechos consignados en el numeral de referencia ante el incumplimiento de la otra, ya que se trata de una cláusula natural. Sin embargo, en ocasiones es necesario hacerlo a fin de que la rescisión produzca efectos contra terceros:

> Art. 1950.—La resolución del contrato fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la ley.

Conforme a la norma trascrita, para que la rescisión produzca efectos contra tercero de buena fe, en tratándose de la enajenación de inmuebles, es necesario satisfacer dos requisitos: el primero, que el derecho a pedir la rescisión haya sido pactado expresamente; y, el segundo, que se haya tomado nota del pacto en el Registro Público de la Propiedad. De no cumplir los requisitos indicados el perjudicado podrá demandar la rescisión, pero solo surtirá efectos contra la otra parte y contra terceros de mala fe.

Por ejemplo, supóngase que una persona vende a otra una casa en un millón de pesos sin cumplir lo prescrito por el artículo 1950. Piénsese que el vendedor entregó el inmueble y el comprador no pagó el precio. Si el vendedor decide demandar la rescisión ésta solo surtirá efectos entre las partes y en contra de terceros de mala fe. Si la propiedad del bien continúa dentro del patrimonio del comprador el vendedor podrá recobrarla, pero si aquél constituyó una hipoteca sobre el inmueble en favor de un tercero de buena fe el gravamen subsistirá.

En la práctica la mayoría de las compraventas inmobiliarias prescinden del "pacto comisorio expreso", dado que el comprador suele pagar el precio de contado, ya sea con recursos propios o con los obtenidos a través de préstamos bancarios. Sin embargo, cuando se otorgue un plazo para el pago del precio es importante que el Notario que haga constar el contrato asesore a las partes sobre las ventajas de cumplir con lo ordenado por el artículo 1950.

[23] "Art. 6.—La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."

C. Rescisión *ipso iure*

El tercer significado de "pacto comisorio expreso" se refiere a la rescisión *ipso iure* de un contrato.

a) Noción y maneras de configurarse

El pacto comisorio expreso, en el sentido de este apartado, permite a las partes convenir que el incumplimiento de la otra ocasione la rescisión del contrato sin necesidad de declaración alguna del órgano jurisdiccional. Se trata de un tipo específico de regulación convencional del pacto comisorio.

La rescisión *ipso iure* puede configurarse de dos maneras: *automática*,[24] de modo que el incumplimiento de uno de los contratantes destruya por sí el negocio sin necesidad de declaración alguna de su contraparte ni del órgano jurisdiccional; o *facultativa*, de modo que el incumplimiento de uno de los contratantes solo autorice al otro a dar por rescindido el negocio mediante un aviso al culpable sin participación del órgano jurisdiccional.

La configuración facultativa permite al perjudicado optar por la ejecución forzada de la obligación, no así la automática, que extingue retroactivamente el contrato *y sus efectos* por el solo hecho del incumplimiento.

Quienes asesoren a las partes en la redacción de un contrato en el que se pacte su rescisión *ipso iure* en caso de incumplimiento deben especificar con toda claridad si se trata de la automática o de la facultativa y, en ambos casos, deben indicar *que no será necesaria la intervención de los Tribunales*.[25]

b) Utilidad

La rescisión *ipso iure* es particularmente útil cuando el perjudicado no ha ejecutado la obligación a su cargo:

Por ejemplo, supóngase que César vende a Arturo una casa en un millón de pesos, de los cuales cien mil son pagados al celebrarse el contrato y el resto debería saldarse a la firma de la escritura pública correspondiente, momento en que César cumpliría su obligación de entregar el inmueble. Arturo adquirió la propiedad del bien vendido desde la celebración del contrato,[26] a pesar de no haberle sido entregado y de no haber pagado todo su precio. Piénsese que por

[24] Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 370.

[25] En sentido similar Headrick, William, "La rescisión de la compraventa", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 49, Sección de Doctrina, 1963, p. 96.

[26] "Art. 2014.—En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de

causas imputables a él la compraventa no se formaliza y no paga el dinero adeudado. Si César desea revertir los efectos del contrato y recuperar la propiedad de la casa deberá promover el juicio correspondiente, lo que posiblemente le consumirá más tiempo y recursos que los deseados; además, antes de obtener la sentencia que declare la rescisión no podrá disponer del inmueble, ya que si lo hace podría cometer un delito.[27]

En un caso como el planteado la rescisión *ipso iure* sería de gran alivio para el vendedor, ya que por el solo incumplimiento de su contraparte podría recobrar la propiedad del bien vendido y disponer inmediatamente de ella.

c) FUNDAMENTO Y CONSTITUCIONALIDAD

El Código Civil no prevé una disposición que de manera expresa y general autorice a convenir la rescisión *ipso iure* de un contrato, por lo que ésta debe fundamentarse en el principio de autonomía de la voluntad.[28]

Durante algún tiempo los Tribunales sostuvieron criterios contradictorios sobre su constitucionalidad, dado que, en apariencia, priva al deudor de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio.[29] En abril de 2001 la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó la tesis de Jurisprudencia con rubro: "PACTO COMISORIO EXPRESO. OPERA DE PLENO DERECHO, SIN QUE SEA NECESARIO QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL DETERMINE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)".[30]

---

tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público."

[27] Artículo 231 f. I del Código Penal para el Distrito Federal.

[28] "ART. 6.—La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."

"ART. 1839.—Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes..."

[29] Algunos órganos jurisdiccionales sostuvieron que la rescisión automática vulneraba la garantía de audiencia del deudor incumplido, prevista por el siguiente artículo de la Constitución Federal:

"ART. 14.—...

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho..."

[30] Registro No. 189425, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XIII, junio de 2001, Página: 165, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

d) LIMITANTES DE LA RESCISIÓN *IPSO IURE*

La rescisión *ipso iure* tiene tres limitantes de consideración:

La primera, que no excluye el derecho de la contraparte de acudir ante los Tribunales para probar que cumplió su obligación o que el incumplimiento no le era imputable, como se desprende de la parte final de la tesis de Jurisprudencia de rubro citado en el inciso que antecede: "...no es preciso que la autoridad judicial determine la procedencia o improcedencia de la rescisión del contrato, *en la inteligencia de que la oposición de la parte que incumple al reconocimiento del ilícito, podrá determinar la intervención judicial para el solo efecto de declarar la existencia o inexistencia del mismo*".

La limitante de que se trata conlleva un riesgo importante para el acreedor: si el deudor rinde la prueba mencionada el contrato se tendrá por no rescindido y si aquél "dispuso" de los derechos de éste podrá hacerse merecedor de sanciones civiles y/o penales.

La segunda limitante radica en que la rescisión *ipso iure* solo evita la promoción de un juicio *cuando el perjudicado no requiere que su contraparte le restituya lo que mirogó en cumplimiento del contrato.* En caso contrario deberá acudir ante el órgano jurisdiccional.[31] Lo anterior fue reconocido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[32]

La tercera limitante se relaciona con el derecho del perjudicado a recibir una indemnización. Salvo que ésta haya sido pre-cuantificada en una cláusula penal y el deudor haya anticipado alguna cantidad con la que pueda satisfacerse, la rescisión *ipso iure* no evitará la intervención de los Tribunales para obtenerla.

VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESCISIÓN

A. PERSPECTIVA LEGAL

Desde el punto de vista legal no es claro si el legislador consideró a la rescisión como figura autónoma o como efecto de una condición resolutoria.

En favor de lo primero puede argumentarse que el Código Civil vigente, a diferencia de su antecesor de 1884, no define al pacto comisorio como condi-

---

[31] Volviendo al ejemplo de la compraventa entre César y Arturo: si el primero entregó el inmueble vendido la rescisión *ipso iure* le permitirá recobrar su *propiedad*, pero no su *posesión material*. Para obtener ésta deberá solicitarla a los órganos jurisdiccionales.

[32] Tesis de rubro: "PACTO COMISORIO EXPRESO. SI HAY OPOSICIÓN DEL COMPRADOR ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN JUDICIAL", Registro No. 168845, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XXVIII, septiembre de 2008, Página: 1379, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

ción. En efecto, el legislador de 1884 dispuso: "*la condición resolutoria* va siempre implícita en los contratos bilaterales..." (artículo 1349). En contraste, el legislador de 1928 suprimió la expresión "condición resolutoria" y dispuso: "*la facultad de resolver las obligaciones* se entiende implícita en las recíprocas..." (artículo 1949).[33]

En favor de lo segundo puede aducirse que los artículos 1949 y siguientes, relativos al pacto comisorio, se ubican en el Capítulo sobre las obligaciones condicionales, por lo que la supresión de las palabras "condición resolutoria" no necesariamente implica que el legislador haya abandonado la tesis de que la rescisión sea consecuencia del cumplimiento de una.

B. Perspectiva doctrinal

Desde el punto de vista doctrinal la opinión dominante distingue la rescisión de la consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria. Entre los argumentos que se esgrimen destacan los siguientes:

1. La rescisión debe ser pedida al órgano jurisdiccional mientras que la condición resolutoria opera de pleno derecho.[34]

2. La rescisión deriva de una cláusula *natural* de los contratos bilaterales, mientras que la condición es un elemento *accidental* que necesariamente debe ser pactado.[35]

3. En la rescisión no hay contingencia, mientras que la condición, por definición, es un acontecimiento contingente.[36]

4. La rescisión no excluye el derecho del perjudicado a exigir una indemnización, mientras que la condición resolutoria extingue tanto el débito como la responsabilidad.[37]

Por nuestra parte reconocemos que existe similitud entre la rescisión y el efecto del cumplimiento de una condición resolutoria, dado que ambas se encaminan a destruir retroactivamente el contrato y sus efectos. Sin embargo, opinamos que la rescisión es una figura autónoma.

[33] El texto de la legislación vigente es una reproducción literal del primer párrafo del artículo 1124 del Código Civil español:

"Art. 1124.—La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe..."

[34] Ruggiero, t. 2, *op. cit.*, p. 304.

[35] Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 125.

[36] Gutiérrez y González, *op. cit.* pp. 609 y 610.

[37] Headrick, *op. cit.*, p. 87.

De los argumentos expuestos solo consideramos contundente el último, es decir, el relativo a la indemnización que corresponde a quien demanda la rescisión.

El primer argumento pierde fuerza ante la rescisión *ipso iure*, que permite destruir retroactivamente el negocio jurídico sin intervención del órgano jurisdiccional. La rescisión debe conservar la misma esencia independientemente de que derive del pacto comisorio tácito o del expreso.

El segundo argumento parte de una petición de principio: que toda condición debe ser pactada para existir. Algunos actos y contratos están sujetos a condición sin necesidad de que las partes la acuerden, como sucede con las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal celebradas antes del matrimonio, cuyos efectos están sujetos a la condición suspensiva de que se contraiga el vínculo nupcial;[38] o con la donación efectuada en favor del concebido, cuya eficacia está sujeta a la condición resolutoria de que no nazca vivo y viable.[39]

El tercer argumento tampoco nos parece convincente, ya que a nuestro juicio la rescisión siempre depende de un acontecimiento contingente:[40] que uno de los contratantes incumpla dolosa o culposamente su obligación.

El cuarto argumento es el que dota a la rescisión de naturaleza propia: ésta, a diferencia del cumplimiento de la condición resolutoria, no extingue la responsabilidad civil en que incurrió quien incumplió el contrato.

Con base en lo comentado consideramos que debe romperse la sinonimia entre los términos rescisión y resolución, aceptada tanto por el legislador como por algunos autores.[41] Proponemos que la palabra "rescisión" se utilice exclusivamente para designar la consecuencia derivada del pacto comisorio y "resolución" para nombrar el efecto del cumplimiento de una condición resolutoria.

[38] Ver Artículo 184. *Cfr.* Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 185.

[39] Ver Artículo 2357. *Cfr.* Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 184, 185, 188 y 189.

[40] Es decir, que puede o no ocurrir.

[41] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 490.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO QUINTO

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

I. INTRODUCCIÓN

La excepción de contrato no cumplido permite a una de las partes de un contrato bilateral sustraerse al pago de su obligación recíproca en tanto su contraparte no cumpla u ofrezca cumplir lo que le corresponde, en los términos que comentaremos más adelante.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los juristas romanos no conceptualizaron la excepción de contrato no cumplido de manera general, pero sí en casos concretos.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Ninguna de sus disposiciones previó la excepción de contrato no cumplido con alcance general, sin embargo, la Doctrina la derivó del artículo sobre el pacto comisorio tácito (artículo 1184).[1]

Aunque el ordenamiento francés no reguló la excepción de contrato no cumplido de forma general, sí la previó en casos específicos, como en el contrato de compraventa (artículo 1612).

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

A diferencia de su antecesor francés, sí reguló la excepción de contrato no cumplido con alcance general (artículo 1434).

---

[1] *Cfr.* PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 817. En sentido similar GAUDEMET, *op. cit.*, p. 442.

D. Código Civil Alemán
(*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Reguló la excepción de contrato no cumplido en su parágrafo 320.

III. CONCEPTO DE EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

La excepción de contrato no cumplido o *exceptio non adimpleti contractus*, siguiendo el lenguaje de los comentaristas del *Corpus Iuris Civilis*,[2] no se encuentra definida en nuestra legislación sustantiva ni en la procesal.

Desde el punto de vista doctrinal puede conceptualizarse como un motivo jurídico que permite a las partes de un contrato bilateral suspender el cumplimiento de su obligación recíproca mientras la otra no pague u ofrezca pagar la suya.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta:

- Motivo jurídico

La excepción de contrato no cumplido, como cualquier excepción, es un motivo jurídico oponible contra las pretensiones del acreedor. Una causa legítima por la que el deudor puede negarse a cumplir su obligación.

- Partes

La *exceptio non adimpleti contractus* compete a ambos contratantes, siempre que la obligación de uno y de otro sean exigibles al mismo tiempo.

- Contrato bilateral

La excepción de contrato no cumplido solo puede oponerse en los contratos bilaterales, ya que son los únicos que generan obligaciones recíprocas.

- Suspender el cumplimiento

La suspensión del pago es el objeto de la excepción de contrato no cumplido. Como toda suspensión, solo difiere transitoriamente lo que debe acontecer.

- Obligación recíproca

La excepción de contrato no cumplido solo puede oponerse respecto de obligaciones recíprocas. El deudor no goza de este medio de defensa si la obligación a su cargo no es la contraprestación de la que asumió su contraparte, aún cuando emane de un contrato bilateral.[3]

Lo indicado en el párrafo que antecede fue reconocido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis de rubro: "*NON ADIMPLETI CONTRACTUS*. SÓLO ES ADMISIBLE RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES INTEGRANTES DEL SINALAGMA Y NO POR CUANTO HACE A LAS AJENAS A ÉL".[4]

- La otra no pague u ofrezca pagar su deuda

Cuando las obligaciones recíprocas son exigibles simultáneamente es posible que uno de los contratantes se aventure a pagar primero, en cuyo caso estará plenamente legitimado tanto para exigir la de su contraparte como para demandar la rescisión del contrato, de acuerdo con lo estudiado en el capítulo anterior. Pero también es posible que únicamente ofrezca o "se allane" a pagar lo que le corresponde, supuesto que comentaremos más adelante.

IV. FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

La legislación vigente, a diferencia de la de 1884, no contiene un artículo con alcance general sobre la excepción de contrato no cumplido, es decir, que sea aplicable a toda obligación recíproca emanada de cualquier contrato bilateral. Sin embargo, la Doctrina y los Tribunales la derivan del pacto comisorio tácito, de modo similar a como hicieron los juristas franceses:

> ART. 1949.—La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.
>
> El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El numeral citado no alude a la *exceptio non adimpleti contractus*, empero, algunos autores la desprenden de él a partir de un argumento de mayoría de razón:

---

[2] GAUDEMET, *op. cit.*, p. 441.

[3] *Cfr.* VON THUR, t. 2, *op. cit.*, p. 55.

[4] Registro No. 165509, Localización:, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XXXI, enero de 2010, Página: 2151, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

> Es más —afirma Lozano Noriega—, este artículo no sólo da al perjudicado la acción de cumplimiento forzado, sino también la resolución. ¿Qué es lo que va a conseguirse con esta resolución? Volver las cosas al estado en que se encontraban, como si la obligación no hubiera existido. ¿Para qué voy a cumplir yo, contratante de un contrato bilateral, si lo que quiero con mi cumplimiento es obtener la resolución del contrato? Mejor no cumplo con el contrato y, si el otro contratante quiere exigirme, opongo la excepción de contrato no cumplido. Esta excepción está reglamentada en parte, sólo a propósito de los juicios ejecutivos en el Código de Procedimientos Civiles... Sin embargo, tratándose de cualquier obligación recíproca y a través de esta argumentación, podemos basarla, derivarla del artículo 1949 del Código Civil.[5]

En sentido similar a Lozano Noriega se expresan Borja Soriano,[6] Bejarano Sánchez,[7] Gutiérrez y González[8] y Martínez Alfaro.[9]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha encontrado en el artículo 1949 fundamento suficiente de la excepción de contrato no cumplido en la tesis de rubro: "EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO. SOLO PROCEDE EN OBLIGACIONES SIMULTANEAS".[10]

Por nuestra parte estimamos acertado el criterio de los autores citados y del Alto Tribunal. Sin embargo, de *iure condendo* proponemos la inclusión de un artículo que regule expresamente la excepción de contrato no cumplido, similar al que prevé el ordenamiento alemán.

V. OPOSICIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

A. PRESUPUESTOS

La oposición de la excepción de contrato no cumplido presupone tres elementos: dos obligaciones recíprocas, la exigibilidad simultánea de ambas y que la contraparte no haya pagado u ofrecido pagar la suya.

---

[5] LOZANO NORIEGA, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

[6] "...si tengo el derecho de reclamar lo que yo he entregado —anota—, en el caso de que la otra parte no cumpla con su obligación, con mayor razón tengo el derecho de rehusarme a cumplir con mi obligación...", BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 495.

[7] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 376.

[8] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 627.

[9] MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 266.

[10] Registro No. 207556, Localización: Novena Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Parte-1, enero a junio de 1988, Página: 295, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

a) OBLIGACIONES RECÍPROCAS

El primer presupuesto de la excepción de contrato no cumplido es que haya dos obligaciones recíprocas.

b) EXIGIBILIDAD SIMULTÁNEA

El segundo presupuesto de la excepción de contrato no cumplido es que ambas deudas sean exigibles al mismo tiempo.

Una de las características de las obligaciones recíprocas es que las partes generalmente procuran que una se cumpla al mismo momento que la otra: "La primera consecuencia de esta correlación —afirma Gaudemet— es que, en principio, el doble cumplimiento debe ser simultáneo: cumplimiento "dando y dando" (*Zug um Zug*). Si una de las partes pretende exigir el cumplimiento antes de cumplir por su parte, será rechazada mediante la excepción *non adimpleti contractus*".[11]

Las obligaciones de dar son las que mejor permiten su cumplimiento "dando y dando" —o *Zug um Zug*, siguiendo la terminología alemana—, ya que el intercambio de bienes puede darse con facilidad en un mismo instante. Quizá por ello la excepción de contrato no cumplido haya tenido su mayor desarrollo en la compraventa, que genera a cargo de ambas partes obligaciones recíprocas de dar.

El cumplimiento simultáneo puede dificultarse o resultar imposible si las dos obligaciones no son de dar, como sucede cuando una es de dar y otra de hacer, cuando ambas son de hacer o cuando una es de hacer y la otra de no hacer.

Por ejemplo, supóngase que una persona conviene en pagar quinientos pesos a un jardinero a cambio de que corte su césped. En esta hipótesis ¿cómo podría darse el cumplimiento simultáneo? ¿Cómo podrían iniciarse y concluirse las labores de jardinería al tiempo que se recibe el dinero?

El ejemplo planteado permite diferenciar entre la exigibilidad simultánea de las obligaciones recíprocas y su cumplimiento simultáneo.

La exigibilidad simultánea es procedente respecto de todo tipo de deudas, con independencia del objeto debido, dado que siempre es posible que una conducta *sea exigible* al momento que lo es otra. El cumplimiento simultáneo solo es posible tratándose de obligaciones susceptibles de ejecutarse en un mismo acto, como ocurre predominantemente con las obligaciones de dar.

---

[11] GAUDEMET, *op. cit.*, p. 441.

Volviendo al ejemplo anotado, el jardinero no puede *cumplir* al momento que recibe el dinero, pero su obligación *sí es exigible* al tiempo que lo es la de su contraparte.

A nuestro juicio la excepción de contrato no cumplido presupone que las obligaciones recíprocas sean exigibles al mismo tiempo *y no que deban cumplirse en un mismo acto.* De afirmar lo segundo solo un número reducido de deudores estarían protegidos por esta excepción.

c) FALTA DE PAGO U OFRECIMIENTO DE PAGO DE LA CONTRAPARTE

Para que la pretensión del acreedor no sea paralizada por la excepción de contrato no cumplido es necesario que haya pagado u ofrecido pagar lo que lo corresponde.

La primera posibilidad no suscita duda alguna: si el acreedor ha cumplido la obligación recíproca a su cargo estará facultado para exigir la ejecución forzada o la rescisión del contrato, más una indemnización en ambos casos (artículo 1949).

Pero si la desconfianza del acreedor le impide pagar primero puede simplemente ofrecer o "allanarse"[12] a cumplir lo que le corresponde.

No existe unanimidad sobre cómo debe llevarse a cabo el ofrecimiento. Rojina Villegas opina que debe depositarse el bien debido ante Notario o a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.[13] Conforme a este criterio el ofrecimiento o allanamiento solo es posible en tratándose de obligaciones de dar, ya que son las únicas que permiten el depósito de lo adeudado.

Los Tribunales sostienen un criterio más laxo, aplicable a todo tipo de deudas.[14]

Por nuestra parte coincidimos con Rojina Villegas: el ofrecimiento o allanamiento solo puede tener lugar respecto de obligaciones de dar.

El deudor de una obligación de hacer o de no hacer solo puede exigir la contraprestación a que tiene derecho, sin verse afectado por la *exceptio non adimpleti contractus*, hasta que *cumpla* lo que debe. No consideramos que en estos casos baste con que "ofrezca" o se "allane" al pago, ya que al adeudar un hecho

[12] Siguiendo la terminología del Código Civil de 1884.

[13] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 426.

[14] Tesis de rubro: "OBLIGACIONES RECIPROCAS. MODOS DE ALLANARSE A SU CUMPLIMIENTO", Registro No. 220020, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, IX, marzo de 1992, Página: 103, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

o una abstención no podrá asegurar al acreedor que los obtendrá si cumple lo que le corresponde.[15]

Por el contrario, tratándose de obligaciones de dar el aseguramiento es posible si se coloca el bien debido en manos de un tercero a quien se dé la instrucción de entregarlo a la contraparte una vez que cumpla su obligación. Este acto (que puede configurarse como una especie de mandato) difiere de la consignación que estudiamos en el capítulo trigésimo séptimo en que no busca extinguir directamente la obligación, sino asegurar su cumplimiento. El Código Civil lo prevé en materia de compraventa:

> ART. 2295.—Si ocurre duda sobre cuál de los contratantes deberá hacer primero la entrega, uno y otro harán el depósito en manos de un tercero.

B. ÁMBITO DE OPOSICIÓN

La negativa al cumplimiento suele darse primero en el ámbito extrajudicial, partiendo de que en las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora si el otro no cumple u ofrece cumplir lo que le incumbe.[16] Si el conflicto escala al ámbito judicial el demandado mantendrá su rechazo al pago mediante la oposición de la excepción de contrato no cumplido.

[15] Exceptúese el caso en que lo debido sea la celebración de un acto jurídico. En esta hipótesis consideramos que el ofrecimiento o allanamiento al pago puede llevarse a cabo mediante el otorgamiento de un poder o de un mandato irrevocable para que un tercero otorgue el acto adeudado a nombre y por cuenta del deudor una vez que éste reciba la contraprestación a que tiene derecho.

[16] Lo anterior fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de Jurisprudencia intitulada "CONTRATOS BILATERALES, MORA EN LOS", con número de registro "392308", trascrita en el capítulo cuadragésimo cuarto de este libro.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO SEXTO

DERECHO DE RETENCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de retención surge como consecuencia del incumplimiento de *algunas* obligaciones. Incrementa la probabilidad de cobro del acreedor permitiéndole conservar uno o más bienes del deudor.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

El *Corpus Iuris Civilis* alude al derecho de retención en varias ocasiones.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

No previó una regulación general sobre el derecho de retención, sino que lo concedió en supuestos específicos.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Tampoco previó una regulación general sobre el derecho de retención, sino que lo concedió en casos específicos.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Destina dos parágrafos al derecho de retención (§273 y §274).

III. CONCEPTO DE DERECHO DE RETENCIÓN

El Código Civil no prevé concepto alguno sobre el derecho de retención.[1]

[1] Sin embargo, algunos Códigos Civiles de los Estados de la República sí lo definen. Sirva de referencia lo previsto por el artículo 1619 del Código Civil del Estado de Jalisco.

Desde el punto de vista doctrinal puede definirse como la facultad que la Ley concede al deudor para suspender el cumplimiento de una obligación de dar mientras su acreedor no pague lo que le debe.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Facultad

El derecho de retención —como cualquier derecho subjetivo— se traduce en la facultad de exigir una conducta. La conducta exigible al acreedor-deudor es de no hacer: abstenerse de turbar la posesión del bien retenido.

- Concedida por la Ley

El derecho de retención es concedido por la Ley limitativamente, es decir, únicamente en los casos expresamente regulados.[2] Fundamos nuestra opinión en que este derecho constituye una excepción al pago y a la iniciación de la mora y las normas que establecen excepciones a las reglas generales no son aplicables a caso alguno distinto de los regulados.[3]

En igual sentido se pronunció el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[4]

De *iure condendo* proponemos que el Código Civil sea reformado a fin de que regule el derecho de retención con alcance general y lo conceda a todos los deudores que tengan en su poder lícitamente un bien de su acreedor.[5]

- Deudor

El derecho de retención corresponde al deudor, es decir, al obligado a devolver el bien cuya posesión se le permite conservar.

- Suspender el cumplimiento

La retención es una medida transitoria: dura mientras el acreedor no cumpla lo que le corresponde. El pago que realice extingue el derecho de retención

[2] En sentido similar RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, p. 159; CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, pp. 263 y 264 y GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 632. En sentido opuesto BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 526; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 350 y MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.* p. 294.

[3] "ART. 11.—Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes."

[4] Tesis de rubro: "COMISIÓN MERCANTIL. EL DERECHO DE RETENCIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 306 DEL CÓDIGO DE COMERCIO SÓLO PROCEDE EN LOS CASOS EN ÉL CONTEMPLADOS", Registro No. 182461, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XIX, enero de 2004, Página: 1473, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[5] De acuerdo con las ideas de BONNECASE, *op. cit.*, pp. 707 y 708.

y da inicio a los efectos de la *mora debitoris*, si el deudor persiste en mantener la posesión del bien adeudado.

- Obligación de dar

El derecho de retención solo permite suspender el cumplimiento de obligaciones de dar, no así el de deudas de hacer y de no hacer. Lo anterior se apoya en la tradición jurídica romana-francesa, en la regulación del Código Civil para el Distrito Federal y en el significado del verbo retener: "impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca".[6] Solo los bienes son susceptibles de retención, no así los hechos y las abstenciones; respecto de éstos puede hablarse de denegación de ejecución u observancia, pero no de retención.

- Mientras su acreedor no pague lo que le debe

El deudor puede conservar los bienes de su acreedor mientras éste no pague lo que le debe. La obligación del segundo puede ser de dar, de hacer o de no hacer; emanar o no de la misma fuente que la del primero y estar o no vinculada con el bien retenido —por ejemplo, con gastos erogados para conservarlo—.[7]

IV. CONTENIDO DEL DERECHO DE RETENCIÓN

A. DERECHO DE RETENCIÓN SIMPLE

Por regla general el titular del derecho de retención únicamente estará facultado a suspender el cumplimiento de su obligación de dar mientras el otro acreedor-deudor no cumpla lo que le corresponde.

El titular del derecho de retención no puede utilizar el bien —salvo que el uso sea necesario para su conservación— ni apropiarse de sus frutos.[8]

Tampoco puede el retenedor, en los casos de retención simple, satisfacer su crédito con el bien retenido o con el precio que pudiere obtener de su venta. Sin embargo, sí puede solicitar su embargo y remate como cualquier acreedor quirografario.

[6] Definición tomada del Diccionario de la Real Academia Española.

[7] En este punto disentimos de autores como CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 262, y BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 347, 349 y 350, que consideran que el derecho de retención solo se concede cuando su titular tiene un crédito *relacionado* con el bien retenido. El "principio de conexión" —existente desde el Derecho Romano y ordenado por el Código Civil alemán— no es exigido por nuestra legislación en todos los casos que concede el derecho de retención, por lo que negamos que sea uno de sus elementos esenciales.

[8] *Cfr.* BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 354 y 355.

B. Derecho de retención *en prenda*

En ocasiones el Código Civil no solo permite al deudor conservar la posesión de los bienes de su acreedor, sino que además le concede los derechos de un acreedor prendario.

Por ejemplo, en materia de mandato se permite al mandatario retener *en prenda* los bienes que debe entregar al mandante mientras éste no le reembolse las cantidades que hubiera erogado en el desempeño de su cargo o le indemnice por los daños y/o perjuicios que hubiere sufrido con motivo del mismo:

> Art. 2579.—El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.[9]

El derecho de retención *en prenda* difiere del de retención simple en que solo el primero confiere al retenedor los derechos y obligaciones del acreedor prendario, dentro de los que destaca el de realizar el valor de los bienes en caso de incumplimiento.[10]

Respecto a la naturaleza del derecho del retenedor *en prenda* pueden asumirse dos posiciones: que se trata del derecho real de prenda, o bien, que se trata de un derecho semejante al de prenda pero distinto de él por no emanar del contrato respectivo.

V. Diferencia con la excepción de contrato no cumplido

No hay uniformidad en la Doctrina sobre si existen diferencias entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido ni —de admitir que las hay— sobre cuáles son.

---

[9] Los artículos a que se refiere la disposición trascrita son los siguientes:

"Art. 2577.—El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato.

Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas al mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario.

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo."

"Art. 2578.—Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario."

[10] "Art. 2881.—Si el deudor no paga en el plazo estipulado y no habiéndolo, cuando tenga obligación de hacerlo conforme al artículo 2080, el acreedor podrá pedir y el juez decretará la venta en pública almoneda de la cosa empeñada, previa citación del deudor o del que hubiere constituido la prenda."

A. Criterio que niega una distinción *esencial* entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido

Algunos autores conceptualizan el derecho de retención como una especie o caso particular de la *exceptio non adimpleti contractus*, negando cualquier distinción sustancial entre ambas figuras. En este sentido se expresa Gutiérrez y González.[11]

B. Criterios que admiten una distinción *esencial* entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido

a) Distinción *esencial* con posibilidad de convergencia

Otro grupo de autores considera que el derecho de retención es una figura distinta de la excepción de contrato no cumplido, pero que una y otra coinciden en algunos casos. Esta es la opinión de Bejarano Sánchez.[12]

b) Distinción *esencial* sin posibilidad de convergencia

Nuestra opinión es que el derecho de retención es *esencialmente* distinto de la excepción de contrato no cumplido y que no pueden coincidir en caso alguno.

Las notas que permiten diferenciar una y otra figura son las siguientes:

1. El derecho de retención permite suspender el cumplimiento de obligaciones contractuales y extracontractuales, mientras que la *exceptio non adimpleti contractus* solo permite diferir el cumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato.

2. El derecho de retención solo posterga el cumplimiento de obligaciones de dar, mientras que la excepción de contrato no cumplido también difiere el de obligaciones de hacer y de no hacer.

3. El derecho de retención suspende el pago de obligaciones no recíprocas, mientras que la excepción de contrato no cumplido solo opera respecto de obligaciones recíprocas.

Los criterios indicados pueden aplicarse en la siguiente disposición:

> Art. 2286.—El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago.

---

[11] Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 627 y 628.

[12] Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 352.

La facultad concedida al vendedor por la norma trascrita ha sido interpretada por diversos autores como un caso de derecho de retención.[13] Veamos si satisface los parámetros propuestos.

El derecho de retención suspende el pago de obligaciones *contractuales* y *extracontractuales*. La obligación del vendedor de entregar el bien vendido es *contractual*, por lo que, en este aspecto, es procedente la retención.

El derecho de retención solo suspende el pago de obligaciones *de dar*. La obligación del vendedor de entregar el bien vendido es *de dar*, por lo que también en este aspecto es procedente la retención.

El derecho de retención solo suspende el pago de obligaciones *no recíprocas*. La obligación del vendedor de entregar el bien vendido *es recíproca* de la del comprador de pagar el precio. Consecuentemente, en este caso no es procedente la retención sino la excepción de contrato no cumplido.

[13] BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 523 y 524; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 628 y 629.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO

SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo estudiaremos la responsabilidad civil en que incurre quien pretende transmitir la propiedad de un bien sin contar con legitimación para ello.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los primeros antecedentes del saneamiento para el caso de evicción se vinculan con la *mancipatio*. La persona que llevaba a cabo la enajenación —mancipante o *mancipio dans*— quedaba obligada frente al adquirente —*mancipio accipiens*— a responder para el caso de que fuera vencido —*evictus*— en juicio por el verdadero propietario.[1] El afectado disponía de la *actio auctoritatis* para reclamar al mancipante el doble de lo que había pagado.[2]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló el saneamiento para el caso de evicción en una Sección ubicada dentro del Título relativo a la compraventa. Lo conceptualizó como una cláusula natural de este contrato (artículo 1626).

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

A diferencia de su antecesor francés reguló el saneamiento para el caso de evicción en un Capítulo independiente ubicado en el Título relativo a la ejecu-

[1] D'ORS, *op. cit.*, p. 232.
[2] PETIT, *op. cit.*, p. 374.

ción de los contratos. En este aspecto el legislador mexicano siguió al Código Civil Portugués de 1867.[3]

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

El legislador alemán siguió al francés y reguló el saneamiento para el caso de evicción dentro del Título relativo al contrato de compraventa (parágrafo 434).

No obstante el alcance restringido de las disposiciones sobre evicción y saneamiento, el *BGB* las hizo aplicables a cualquier contrato que tuviere por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho sobre un bien a cambio de una contraprestación (parágrafo 445).

III. CONCEPTO DE SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN

El saneamiento para el caso de evicción es un concepto integrado por dos elementos: el saneamiento y la evicción. Analizaremos cada uno por separado.

A. Concepto de evicción

Iniciaremos con el concepto de evicción dado que es indispensable para comprender el de saneamiento.

a) Perspectiva legal

El Código Civil define la evicción como sigue:

> Art. 2119.—Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición.

Conforme al numeral citado la evicción es la privación de todo o parte de una "cosa" por una sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición legal.

- Privación

De acuerdo con el legislador la evicción es una privación, una supresión de un derecho que se ejerce sobre un bien. Cabe cuestionar si en todos los casos de evicción hay una *privación* de derechos.

[3] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 513.

Partamos del siguiente ejemplo: Juan "vendió" a Luis un automóvil propiedad de Pedro, el último se percata de lo sucedido y demanda a Luis la restitución del vehículo por medio de la acción reivindicatoria.[4] En esta hipótesis pareciera actualizarse lo previsto por el artículo 2119, ya que aparentemente Luis será privado de la "cosa" por una sentencia que reconocerá a Pedro como su propietario. Pero ¿habrá en realidad privación de algún derecho?

Atendiendo a que ninguno puede transmitir lo que no tiene[5] ¿qué transmitió Juan a Luis si el primero no era propietario? ¿De qué derecho será privado Luis? En un caso como el planteado no habrá privación de la propiedad, dado que Luis nunca la adquirió por haber celebrado la compraventa con quien no era propietario.

Sin embargo, es posible afirmar que la evicción sí traerá aparejada la privación de derechos con base en lo siguiente:

En primer lugar, aunque Luis no era propietario del bien "vendido" sí era poseedor de él y la sentencia *lo privará* del poder que ejercía *y de los derechos derivados de este poder*.[6]

En segundo lugar, es posible que una sentencia prive a una persona de la propiedad transmitida por el propietario, como sucede cuando alguien "vende" dos veces el mismo bien: en principio solo el primer contrato sería existente y válido, dado que el "vendedor" careció de legitimación para celebrar el segundo; sin embargo, es posible que prevalezca la segunda compraventa si el comprador inicial no puede demostrar la prioridad de su adquisición y el otro se halla en posesión del bien vendido:

> Art. 2264.—Si una misma cosa fuere vendida por el mismo vendedor a diversas personas, se observará lo siguiente.
>
> Art. 2265.—Si la cosa vendida fuere mueble, prevalecerá la venta primera en fecha; si no fuere posible verificar la prioridad de ésta, prevalecerá la hecha al que se halle en posesión de la cosa.

[4] El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal conceptualiza la acción de referencia en los siguientes términos:

"Art. 4.—La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y accesiones en los términos prescritos por el Código Civil."

[5] D. 50. 17. 54. "Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga."

[6] La doctrina dominante considera a la posesión un hecho y no un derecho. Sin embargo, admite que da lugar a derechos como el de ser mantenido o restituido en ella o el de apropiarse de los frutos percibidos siempre que se haya procedido de buena fe (artículos 803 y 810 F. I).

Conforme al artículo 2265, cuando no sea posible acreditar la prioridad de la fecha prevalecerá el contrato de quien tenga en su poder el bien vendido. Si el segundo comprador es el poseedor, la sentencia que declare la subsistencia de su contrato *privará de la propiedad al primer comprador*, quien la había adquirido del verdadero propietario.

En suma: para que haya evicción debe haber *privación*. No solo hay *privación* cuando el afectado es despojado de la propiedad del bien objeto de la controversia, sino también cuando le es sustraída la posesión que ejercía sobre él a título de propietario.

- Todo o parte

La evicción puede ser total o parcial. Es total si el afectado es privado por entero de lo adquirido. Es parcial si solo se le priva de una porción o de un aspecto de lo adquirido. Más adelante volveremos sobre este aspecto.

- Cosa

Para que haya evicción una persona debe ser privada total o parcialmente de una "cosa".[7]

Pueden asumirse dos posturas sobre el alcance de la palabra "cosa": la primera, que comprende cualquier derecho real o crediticio que se ejerza sobre un bien —como la propiedad, el usufructo, el arrendamiento, etcétera—; la segunda, que solo comprende el derecho real de propiedad y los derechos posesorios que se ejerzan a título de dueño.

En favor de la primera postura puede argumentarse que, *desde el punto de vista legal*, los derechos distintos de la propiedad también son bienes —o "cosas", siguiendo el lenguaje del legislador—. Así, el usufructo sobre un terreno es un bien inmueble,[8] mientras que el ejercido sobre un automóvil es un bien mueble.[9]

En favor de la segunda postura puede argumentarse que desde el Derecho Romano los juristas identificaron la palabra "cosa" con el derecho de propiedad que se ejerce sobre ella[10] y que históricamente la regulación del saneamiento para el caso de evicción ha estado orientada exclusivamente a los casos en que se transmitió o pretendió transmitirse la propiedad.

[7] El uso de la palabra "cosa" debe criticarse, ya que, en su caso, el legislador debió utilizar la palabra "bien". Véase RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, p. 26, n. 3.

[8] "ART. 750.—Son bienes inmuebles:...

XII. Los derechos reales sobre inmuebles;..."

[9] "ART. 754.—Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal."

[10] D'ORS, *op. cit.*, pp. 191 y 203.

La asunción de uno u otro criterio no es del todo intrascendente: si se sigue el primero se considerará que el usufructuario o el arrendatario que son privados de su derecho son víctimas de la evicción, por lo que su indemnización estará sujeta a las reglas prescritas para el saneamiento;[11] por el contrario, si se sigue el segundo se concluirá que no habrá evicción en los casos mencionados y, por lo tanto, la reparación a que tendrán derecho las personas indicadas se regirá conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil.

A nuestro juicio la postura correcta es la segunda, es decir, la que considera que la evicción solo se presenta cuando alguien es privado de la propiedad o de derechos posesorios ejercidos a título de propietario.[12] La primera doctrina, aunque fundada, desnaturaliza el sentido originario de la figura.

- Sentencia que cause ejecutoria

La evicción debe ser resultado de una sentencia que cause ejecutoria. La etimología de la palabra "evicción" está vinculada con ello: "La palabra evicción —explican Planiol y Ripert— se deriva del latín *e-vincere*, *e-victus*, que designaba una derrota judicial".[13]

- Derecho anterior a la adquisición

De acuerdo con el artículo 2119 la sentencia que prive a una persona de la "cosa" debe reconocer un *derecho anterior* al suyo, lo que implica que la evicción solo se presentará si la perturbación se realiza por vías de *derecho*, no así cuando se lleve a cabo por vías de *hecho*.[14]

El Código Civil dispone que el derecho del "perturbador" debe ser *anterior* al del "perturbado". Sin embargo, como ya vimos, es posible que éste sea privado de la "cosa" en virtud de un derecho *posterior* al suyo pero *mejor*, como sucede en los casos de doble venta en que el segundo comprador se halla en posesión del bien vendido y el primero no logra acreditar la prioridad de su adquisición (artículo 2265 antes trascrito).

Consecuentemente, es preferible afirmar que la evicción se produce por un derecho *mejor* al del afectado y no necesariamente por uno *anterior*.[15]

[11] Siempre que las disposiciones que regulan una y otra figura no establezcan reglas especiales.

[12] En sentido similar ROJINA VILLEGAS, v.2, *op. cit.*, pp. 393 y 394; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 616 y MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 323.

[13] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 939.

[14] *Ibid.*, p. 937.

[15] La Suprema Corte de Justicia de la Nación utilizó esta terminología en la tesis de Jurisprudencia intitulada "EVICCIÓN. PARA LA CONDENA AL SANEAMIENTO POR DICHA HIPÓTESIS, BASTARÁ DEMOSTRAR QUE MEDIANTE RESOLUCIÓN EL ADQUIRENTE DE UN BIEN O DERECHO

b) PERSPECTIVA DOCTRINAL

Después de analizar el concepto de evicción previsto por la Ley nos permitimos ofrecer uno que intente superar las críticas formuladas:

La evicción es la privación de la propiedad o de derechos posesorios ejercidos a título de dueño por una sentencia que cause ejecutoria y que reconozca un derecho mejor al del afectado.

No desglosaremos el contenido de la definición propuesta dado que los comentarios pertinentes fueron realizados en páginas anteriores.

B. CONCEPTO DE SANEAMIENTO

El Código Civil no prevé un concepto de saneamiento, sino que señala quiénes están obligados a él y en qué consiste.

Respecto a quiénes deben prestar el saneamiento dispone:

> ART. 2120.—Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato.

La norma anotada obliga a responder de la evicción a "todo el que enajena". Sin embargo, el universo de "enajenantes" debe restringirse a los que transmiten el derecho de propiedad o derechos posesorios a título de dueño, en términos de lo comentado anteriormente.

Con relación al objeto del saneamiento la Ley establece lo siguiente:

> ART. 2125.—El fallo judicial impone al que enajena la obligación de indemnizar en los términos siguientes.

El numeral citado revela que la obligación del enajenante es "indemnizar", lo que implica que el saneamiento constituye un tipo de responsabilidad civil.

Partiendo de las disposiciones trascritas definimos el saneamiento como la responsabilidad civil en que incurre quien dispuso o quien pretendió disponer de la propiedad de un bien ajeno para con quien sufre la evicción.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Responsabilidad civil

El saneamiento es responsabilidad civil, es decir, una consecuencia adversa que sigue al incumplimiento de una obligación.

LO PERDIÓ TOTAL O PARCIALMENTE POR LA DECLARATORIA DE EXISTENCIA *DE UN MEJOR DERECHO QUE EL SUYO* (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE MÉXICO Y JALISCO)", con número de registro 164593, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, XXXI, mayo de 2010, Página: 464, Materia(s): Civil.

En nuestra opinión el saneamiento es el resultado de incumplir una conducta de no hacer: abstenerse de disponer o de intentar disponer de bienes ajenos. Esta obligación se fundamenta en diversas disposiciones del Código Civil, dentro de las que destacan las siguientes:

> ART. 772.—Son bienes de propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente, y de las que *no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley.*

> ART. 2269.—Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad.

- Disponer o pretender disponer de la propiedad de un bien ajeno

Al saneamiento están obligados quienes dispusieron o pretendieron disponer de la propiedad de un bien ajeno.

La mayoría de las veces el saneamiento se producirá como consecuencia de que una persona *intentó* transferir la propiedad de un bien ajeno, como sucede generalmente con la "compraventa de cosa ajena".

Sin embargo, en ocasiones el trasgresor deberá prestar el saneamiento precisamente por haber dispuesto de la propiedad de otro, como sucede con el vendedor que enajena dos veces el mismo bien y que transmite su posesión al segundo comprador, sin que sea posible verificar la prioridad de la primera venta (artículo 2265 antes trascrito). En este caso el vendedor deberá indemnizar al primer comprador, por haber dispuesto ilícitamente de su derecho de propiedad.

- Para con quien sufre la evicción

La persona que tiene derecho al saneamiento es la que sufre la evicción, es decir, quien es privada de la propiedad o de derechos posesorios a título de dueño por una sentencia ejecutoriada que reconoce un mejor derecho.

IV. SITUACIÓN PREVIA A LA EVICCIÓN

Antes de que la evicción tenga lugar el enajenante o quien pretendió enajenar debe participar en el juicio respectivo a fin de defender los intereses del "adquirente".

A. FUNDAMENTO Y LLAMAMIENTO A JUICIO

Tiene sentido que la Ley obligue al "enajenante" a intervenir en juicio, ya que es quien mejor conoce el soporte jurídico con que llevó a cabo la operación. Para que esté en posibilidad de conocer la existencia de la contienda y

de defender al "adquirente" es necesario que éste lo llame después de ser emplazado:

> ART. 2124.—El adquirente, luego que sea emplazado, debe denunciar el pleito de evicción al que le enajenó.

La necesidad de denunciar el pleito es de *suma importancia*, ya que si el demandado lo omite perderá todo derecho al saneamiento:

> ART. 2140.—El que enajena no responde por la evicción:...
> V. Si el adquirente no cumple lo prevenido en el artículo 2124;...

B. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PARTICIPACIÓN

El "enajenante" que no participe en la contienda o que no lo haga en tiempo y forma es sancionado por el legislador de la siguiente manera:

> ART. 2128.—Si el que enajena no sale sin justa causa al pleito de evicción, en tiempo hábil, o si no rinde prueba alguna o no alega, queda obligado al saneamiento en los términos del artículo anterior.

La norma trascrita establece que el "enajenante" que incurra en las omisiones señaladas deberá prestar el saneamiento de acuerdo con lo previsto por el artículo 2127, que regula la indemnización que debe entregar quien dispuso o intentó disponer de un bien ajeno de *mala fe*. Más adelante señalaremos en qué consiste.

C. CESE DE LA RESPONSABILIDAD

El Código Civil hace cesar la responsabilidad del "enajenante" en dos casos: cuando reconoce su falta de medios de defensa o cuando reconoce el derecho del demandante.

a) RECONOCIMIENTO DE LA FALTA DE MEDIOS DE DEFENSA

El "enajenante" que al momento de ser llamado a juicio declara que carece de medios para defenderse y consigna lo entregado por el "adquirente" impedirá que continúe incrementándose su responsabilidad civil:

> ART. 2132.—Si el que enajena, al ser emplazado, manifiesta que no tiene medios de defensa, y consigna el precio por no quererlo recibir el adquirente, queda libre de cualquiera responsabilidad posterior a la fecha de consignación.

Lo previsto por el numeral trascrito amerita varios comentarios:

Primero: la cesación de responsabilidad a que alude solo es posible si el "enajenante" recibió del "adquirente" dinero u otros bienes. Por el contrario, si el último prestó un hecho o una abstención aquélla será improcedente dado que éstos no pueden ser consignados.

Segundo: la norma de que se trata solo libera al "enajenante" de "cualquiera responsabilidad *posterior* a la fecha de consignación", lo que significa que, en su caso, sí deberá resarcir los daños y/o perjuicios causados al "adquirente" *antes* de ese momento.

Tercero: debe criticarse que la disposición de mérito no distinga entre el "enajenante" de buena o de mala fe. Consideramos injusto que restrinja la responsabilidad de quien enajenó o pretendió enajenar un bien ajeno *a sabiendas de que carecía de legitimación para ello.*

b) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL DEMANDANTE

El "enajenante" también puede detener el aumento de su responsabilidad civil si reconoce el derecho del demandante:

> ART. 2137.—Si al denunciarse el pleito o durante él, reconoce el que enajenó el derecho del que reclama, y se obliga a pagar conforme a las prescripciones de este Capítulo, sólo será responsable de los gastos que se causen hasta que haga el reconocimiento, y sea cual fuere el resultado del juicio.

El artículo anotado se distingue del comentado en el inciso que antecede en dos aspectos: el primero, permite que el reconocimiento se realice "al denunciarse el pleito o durante él", mientras que el artículo 2132 solo permite que se efectúe al momento del emplazamiento; el segundo, concede el cese de la responsabilidad por el hecho de que el "enajenante" se "obligue a pagar" conforme a las disposiciones que rigen el saneamiento, sin que deba consignar lo recibido.

El artículo 2137 puede criticarse por la misma razón que el 2132: no distingue entre el enajenante de buena o de mala fe, por lo que concede el mismo beneficio a ambos.

V. CONTENIDO DEL SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN

Desarrollaremos el contenido del saneamiento para el caso de evicción distinguiendo entre la evicción total y la parcial.

A. Evicción total

En páginas anteriores mencionamos que la evicción total se presenta cuando alguien es privado por entero de lo adquirido.

El legislador enlistó los conceptos que comprende el saneamiento distinguiendo entre la buena y la mala fe de los involucrados. En esta materia no existe una definición legal de buena y de mala fe, sin embargo, consideramos aplicable —*mutatis mutandis*— lo previsto por el legislador al regular la posesión:

> Art. 806.—Es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer. También es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.
>
> Es poseedor de mala fe el que entra a la posesión sin título alguno para poseer, lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.
>
> Entiéndase por título la causa generadora de la posesión.

Para efectos de la evicción los conceptos de buena y de mala fe previstos por la norma trascrita deben ser complementados con la idea de ocultamiento a la otra parte:

Obra de buena fe la persona que desconoce los vicios del título o que, conociendo los *posibles* vicios, los hace saber a su contraparte.

Obra de mala fe la persona que conoce los vicios del título o que, conociendo los *posibles* vicios, los oculta a su contraparte.

a) Buena fe de ambas partes

Si el "enajenante" y el "adquirente" procedieron de buena fe el saneamiento abarcará lo siguiente:

> Art. 2126.—Si el que enajenó hubiera procedido de buena fe, estará obligado a entregar al que sufrió la evicción.
>
> I. El precio íntegro que recibió por la cosa;
>
> II. Los gastos causados en el contrato, si fueren satisfechos por el adquirente;
>
> III. Los causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento;
>
> IV. El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vencedor satisfaga su importe.

A continuación comentaremos cada una de las fracciones que prevé la disposición citada.

1. *Precio recibido*

El primero de los conceptos que comprende el saneamiento es el "precio íntegro" que el "enajenante" recibió del "adquirente". Por "precio" entendemos

la contraprestación que el último efectuó a cambio del bien de cuya propiedad o posesión fue privado.

2. *Gastos causados por el contrato*

El segundo de los conceptos que comprende el saneamiento son los gastos producidos por el contrato y que fueron cubiertos por el "adquirente".

De entre los gastos mencionados destacan los honorarios pagados a abogados por la redacción de documentos, los erogados por concepto de transportación durante la negociación y la celebración del "contrato" (especialmente si el "adquirente" residía en una ciudad distinta de aquella en que tuvieron lugar estos acontecimientos) y los invertidos en trámites realizados ante autoridades administrativas.

3. *Gastos causados por el juicio de evicción y el de saneamiento*

La reparación que debe prestar el responsable de la evicción comprende también los gastos producidos por el juicio de evicción y por el de saneamiento.

La Ley reconoce que se trata de dos procesos distintos: uno es el juicio de evicción, que entabla el verdadero propietario contra el "adquirente"; otro es el juicio de saneamiento, que promueve la víctima de la evicción contra el "enajenante". Los gastos derivados de una y otra contienda deben ser reembolsados por el trasgresor, lo que incluye las cantidades erogadas en abogados, en peritos, en copias certificadas, entre otros.

4. *Valor de las mejoras útiles y necesarias*

El cuarto y último concepto que comprende el saneamiento es el valor de las mejoras útiles y necesarias que hubiere realizado el "adquirente" sobre el bien de cuya propiedad o posesión fue privado.

El Código Civil define ambos tipos de mejoras al regular la posesión:

> Art. 817.—Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley, y aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora.
>
> Art. 818.—Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa.

El reembolso de los gastos mencionados debe ser efectuado por el "enajenante" a menos que la sentencia que origine la evicción condene al vencedor a pagarlos.[16]

---

[16] Como sucedería, por ejemplo, en el siguiente supuesto:

"Art. 810.—El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes:...

b) MALA FE DEL "ENAJENANTE"
Y BUENA FE DEL "ADQUIRENTE"

Si el "enajenante" fue el único que procedió de mala fe su responsabilidad se agravará conforme a lo siguiente:

> ART. 2127.—Si el que enajena hubiere procedido de mala fe, tendrá las obligaciones que expresa el artículo anterior, con las agravaciones siguientes:
> I. Devolverá, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción;
> II. Satisfará al adquirente el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa;
> III. Pagará los daños y perjuicios.

El primer párrafo del numeral trascrito dispone que el "enajenante" que actuó de mala fe tendrá las obligaciones que señala el artículo 2126 *con las agravantes que a continuación se indican.*

1. *Elección del precio que debe ser restituido*

La primera agravante consiste en que la víctima pueda elegir entre el "precio" que el bien tenía al tiempo de la adquisición o el que tenga al momento de la evicción.[17] En contraste, si el "enajenante" procedió de buena fe el "adquirente" deberá conformarse con el "precio íntegro" que "pagó" por el bien.

2. *Valor de las mejoras voluntarias*

El responsable de la evicción que procedió de mala fe deberá abonar a la víctima los gastos voluntarios que hubiese efectuado respecto del bien objeto de la controversia, los que son definidos como sigue:

> ART. 819.—Son gastos voluntarios los que sirven sólo al ornato de la cosa, o al placer o comodidad del poseedor.

3. *Reparación de daños y/o perjuicios*

La tercera agravante que se impone al "enajenante" de mala fe es la necesidad de "pagar" los daños y/o perjuicios infligidos al "adquirente". La Ley debió aludir a los menoscabos patrimoniales *que no estén comprendidos en las demás fracciones del artículo 2127 o en el artículo 2126*, ya que, por ejemplo, el reembolso de los gastos derivados del juicio de evicción constituye por sí una indemnización.

II. El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago;..."

[17] El legislador debió utilizar la palabra "valor" en lugar de "precio". Consideramos que el valor que el bien tenía al tiempo de la adquisición no debe ser menor que el precio que el afectado "pagó" por el.

c) MALA FE DEL "ADQUIRENTE"
Y BUENA FE DEL "ENAJENANTE"

El adquirente que obró de mala fe no tiene derecho a saneamiento alguno si su contraparte actuó de buena fe:

> ART. 2140.—El que enajena no responde por la evicción:...
> III. Si conociendo el que adquiere el derecho del que entabla la evicción, lo hubiere ocultado dolosamente al que enajena;...

Además de la consecuencia prevista por el numeral citado, consideramos que el "adquirente" que haya obrado de mala fe deberá indemnizar al "enajenante" de los daños y/o perjuicios que sufra con motivo del juicio de evicción.

d) MALA FE DE AMBAS PARTES

Si el "enajenante" y el "adquirente" procedieron de mala fe será aplicable lo siguiente:

> ART. 2129.—Si el que enajena y el que adquiere proceden de mala fe, no tendrá el segundo, en ningún caso, derecho al saneamiento ni a indemnización de ninguna especie.

La norma trascrita niega al "adquirente" que se condujo con mala fe cualquier derecho al saneamiento o a indemnización alguna.

e) DISPOSICIONES COMUNES A LA BUENA
O MALA FE DEL "ENAJENANTE"

El Código Civil establece reglas comunes que deberán observarse *con independencia de la buena o mala fe del "enajenante"* y que presuponen *la buena fe del "adquirente"*.[18]

1. *Mejoras efectuadas por el "enajenante"*

El "enajenante" que hubiese efectuado mejoras sobre el bien materia de la controversia tiene derecho a lo siguiente:

[18] En sentido similar BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 514-516; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 1218 y 1219.

ART. 2133.—Las mejoras que el que enajenó hubiese hecho antes de la enajenación, se le tomarán a cuenta de lo que debe pagar, siempre que fueren abonadas por el vencedor.

La parte final del numeral citado supedita el derecho del "enajenante" *a que las mejoras sean abonadas por el vencedor*. Las normas sobre posesión establecen en qué supuestos debe pagarlas.

Interpretamos que el "adquirente" es el facultado a recibir el abono de las mejoras realizadas por el "enajenante", dado que solo así se explica que sean *tomadas en cuenta* para determinar el importe del saneamiento.

2. *Restitución de frutos*

El contenido del saneamiento también varía dependiendo de si el "adquirente" es o no condenado a restituir los frutos producidos por el bien objeto de la litis.

Si el "adquirente" es condenado a la restitución será aplicable lo siguiente:

ART. 2130.—Si el adquirente fuera condenado a restituir los frutos de la cosa, podrá exigir del que enajenó la indemnización de ellos o el interés legal del precio que haya dado.

La norma citada reviste mayor importancia cuando el "enajenante" y el "adquirente" procedieron de buena fe, ya que si solo el segundo lo hizo el derecho a la indemnización de los frutos podría obtenerse conforme a la fracción tercera del artículo 2127 antes trascrito.

Si el "adquirente" no es condenado a devolver los frutos regirá lo siguiente:

ART. 2131.—Si el que adquirió no fuere condenado a dicha restitución, quedarán compensados los intereses del precio con los frutos recibidos.

La disposición anotada favorece al "enajenante", ya que lo exime de entregar los "intereses" del precio por haber sido compensados con los frutos percibidos por el "adquirente".

B. EVICCIÓN PARCIAL

El Código Civil prevé tres hipótesis de evicción parcial: que se prive al adquirente de una parte de lo adquirido, que se le prive de alguno de los bienes adquiridos o que se le restrinja el alcance de lo adquirido.

a) PRIVACIÓN DE UNA PARTE DE LO ADQUIRIDO

El primer supuesto de evicción parcial se verifica cuando una persona es privada de una parte de lo adquirido.

Por ejemplo, supóngase que una persona "vende" a otra un terreno de mil metros cuadrados y que posteriormente un tercero reivindica exitosamente cien. En este caso la víctima de la evicción tendrá dos opciones:

ART. 2134.—Cuando el adquirente sólo fuere privado por evicción, de una parte de la cosa adquirida, se observarán respecto de ésta las reglas establecidas en éste Capítulo, a no ser que el adquirente prefiera la rescisión del contrato.

El numeral citado faculta al perjudicado a elegir entre el saneamiento parcial o la rescisión del contrato.

La víctima de la evicción elegirá el saneamiento parcial si desea conservar la parte del dominio que no fue objeto de la controversia. Por el contrario, optará por la rescisión si prefiere devolver lo adquirido y obtener la restitución íntegra de lo que pagó, junto con una indemnización por los daños y/o perjuicios sufridos. La devolución de lo adquirido deberá efectuarse libre de todo gravamen:

ART. 2136.—En el caso de los dos artículos anteriores, si el que adquiere elige la rescisión del contrato, está obligado a devolver la cosa libre de los gravámenes que le haya impuesto.

b) PRIVACIÓN DE UNO DE LOS BIENES ADQUIRIDOS

El segundo supuesto de evicción parcial se actualiza cuando una persona pretende adquirir dos o más bienes de otra por un mismo precio y solo es privado de uno o de algunos, pero no de todos. En estos casos será aplicable lo siguiente:

ART. 2135.—También se observará lo dispuesto en el artículo que precede cuando en un solo contrato se hayan enajenado dos o más cosas sin fijar el precio de cada una de ellas, y una sola sufriera la evicción.

La disposición trascrita remite a lo previsto por el artículo 2134, que confiere al perjudicado el derecho de elegir entre el saneamiento parcial o la rescisión del contrato. Consideramos que la rescisión será procedente incluso si se hubiere indicado el precio de cada uno de los artículos "enajenados", siempre que el "adquirente" no desee conservar la propiedad de los que no fueron objeto del juicio de evicción.

c) RESTRICCIÓN DEL ALCANCE DE LA PROPIEDAD ADQUIRIDA

El tercer supuesto de evicción parcial tiene lugar cuando se restringe el alcance de la propiedad "adquirida", lo que ocurre si un tercero opone al "adquirente" un derecho distinto de la propiedad sobre el bien "adquirido".

Por ejemplo, supóngase que una persona vende a otra una casa sin que el vendedor anuncie al comprador que un tercero goza de un derecho real de hipoteca sobre el inmueble. En estos casos será aplicable la siguiente norma:

> ART. 2138.—Si la finca que se enajenó se halla gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre voluntaria no aparente, el que adquirió puede pedir la indemnización correspondiente al gravamen, o la rescisión del contrato.

El artículo anotado únicamente es aplicable si el bien "enajenado" fue un *inmueble* y si se encontraba *gravado* con una "carga" o servidumbre voluntaria no aparente.[19]

En la práctica es difícil que la hipótesis prevista por el artículo 2138 llegue a actualizarse respecto de enajenaciones que se hagan constar en escritura pública, dado que para la elaboración del instrumento el Notario debe pedir al Registro Público de la Propiedad un "certificado de libertad de existencia o inexistencia de gravámenes, limitaciones de dominio y anotaciones preventivas único",[20] en el que deben hacerse constar todos los asientos vigentes relacionados con el inmueble,[21] incluyendo los que aludan a "cargas" oponibles a quien pretende adquirir.

Sin embargo, si llegara a verificarse el supuesto a que se refiere la norma citada[22] el "adquirente" podría elegir entre el saneamiento que corresponda o la rescisión del contrato. Una u otra acción deben ser deducidas dentro del término de un año:

> ART. 2139.—Las acciones rescisorias y de indemnización a que se refiere el artículo que precede, prescriben en un año, que se contará para la primera, desde el día en que se perfeccionó el contrato y para la segunda, desde el día en que el adquirente tenga noticia de la carga o servidumbre.

[19] La servidumbre debe ser voluntaria y no aparente por las razones que expresa ROJINA VILLEGAS: "Se requiere que sea voluntaria —afirma—, porque a las legales todo mundo está obligado, y no aparente, porque si lo es, no se trataría de un gravamen oculto" (v. 2, *op. cit.*, p. 396).

[20] Artículo 3016.

[21] La Ley Registral para el Distrito Federal prevé:

"ART. 84.—Al expedirse un certificado de libertad de existencia o inexistencia de gravámenes único, limitaciones de dominio y anotaciones preventivas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3016 del Código, en el mismo se harán constar todos los asientos vigentes..."

[22] Como ocurriría si el negocio no se hace constar en escritura pública, si el Notario omite pedir el certificado respectivo, si el Registro Público de la Propiedad no informa adecuadamente sobre los gravámenes y limitaciones de dominio que existan sobre el bien o si se trata de "cargas" no inscribibles en el citado Registro (como pudiera suceder con los contratos de arrendamiento).

VI. REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN

La Ley faculta expresamente a los contratantes a modular el contenido del saneamiento:

> ART. 2121.—Los contratantes pueden aumentar o disminuir convencionalmente los efectos de la evicción, y aun convenir en que ésta no se preste en ningún caso.

La parte final del numeral citado debe criticarse, ya que dispone que las partes pueden convenir que la evicción "no se preste en ningún caso", lo que es incorrecto: las partes no pueden acordar que la *evicción* "no se preste" sino, en su caso, que no lo sea el *saneamiento*.

A continuación distinguiremos entre el aumento, la reducción y la renuncia al saneamiento.

A. AUMENTO CONVENCIONAL DEL SANEAMIENTO

De acuerdo con el artículo 2121 las partes pueden aumentar convencionalmente los efectos de la evicción.

En nuestra opinión el aumento convencional de la responsabilidad del "enajenante" debe regirse conforme a las normas que regulan la cláusula penal,[23] por lo que las agravantes que sean estipuladas no deben exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal.[24]

B. REDUCCIÓN CONVENCIONAL DEL SANEAMIENTO

Las partes pueden convenir que las consecuencias de la evicción sean menos severas que las previstas por la Ley.

Por ejemplo, el "enajenante" de buena fe puede estipular con su contraparte que en caso de sufrir la evicción únicamente le restituirá el precio "pagado", pero no los demás conceptos que prevé el artículo 2126 (gastos del contrato, gastos del juicio y mejoras útiles y necesarias).

[23] Véase capítulo cuadragésimo tercero.

[24] "ART. 1843.—La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal."

C. Renuncia anticipada al saneamiento

Una tercera posibilidad es que el "adquirente" renuncie al saneamiento desde la celebración del contrato. El Código Civil distingue entre la renuncia simple y la absoluta.

a) RENUNCIA SIMPLE

La renuncia simple al saneamiento tiene lugar cuando una persona manifiesta que en caso de producirse la evicción no tendrá derecho a él. La renuncia formulada en estos términos debería ser suficiente para negar a su autor cualquiera de las prestaciones que prevé la Ley con motivo de la evicción, sin embargo, el legislador restringió su alcance conforme a lo siguiente:

> ART. 2123.—Cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el que enajena entregar únicamente el precio de la cosa, conforme a lo dispuesto en los artículos 2126, fracción I y 2127, fracción I...

De acuerdo con la disposición trascrita el "adquirente" que renuncia al saneamiento "en términos simples" no excluye del todo su derecho a él, ya que el Código Civil le reserva la facultad de reclamar el precio "pagado" según lo previsto por las fracciones primeras de los artículos 2126 y 2127.

La remisión que efectúa el artículo 2123 a la fracción primera del artículo 2127 (relativo a la actuación de mala fe del "enajenante") contradice lo preceptuado por el siguiente dispositivo:

> ART. 2122.—Es nulo todo pacto que exima al que enajena de responder por la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya.

La contradicción entre los numerales citados estriba en que el 2123, al remitir a la fracción primera del 2127, confiere efectos a la renuncia del "adquirente" aunque *el 'enajenante' haya procedido de mala fe*; en contraste, el 2122 sanciona con nulidad "todo pacto que exima al que enajena de responder por la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya".

De aplicar lo previsto por el artículo 2122 el "adquirente" *de buena fe* que renunció al saneamiento no solo tendría derecho a reclamar al "enajenante" *de mala fe* el valor de lo que fue privado, sino todos y cada uno de los conceptos a que se refieren los artículos 2126 y 2127. Por el contrario, de aplicar el 2123 solo estaría facultado a exigir el valor de lo que fue privado. Esta contradicción fue denunciada anteriormente por Borja Soriano, quien propuso el siguiente criterio de solución:

> ...cuando el adquirente ha renunciado al saneamiento —afirma—, el enajenante que ha obrado de mala fe sólo tiene que devolver a elección de éste el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción. Ahora bien, este resultado está en pugna con lo que previenen terminantemente los artículos 1492 del código de 1884 y 2122 del código de 1928, que dicen: "Es nulo todo pacto que exima al que enajena de responder por la evicción, siempre que hubiere mala fe de parte suya". En el conflicto entre uno y otro precepto de dichos códigos debe prevalecer el que acabamos de trascribir, porque es el que está en consonancia con el principio general establecido por los artículos 1461 del código de 1884 y 2106 del código de 1928... y porque la interpretación contraria haría que la ley consagrara una inconsecuencia.[25]

Coincidimos con el jurista citado. La renuncia al saneamiento debe invalidarse si el "enajenante" obró de mala fe, ya que la responsabilidad derivada del dolo no es renunciable anticipadamente:

> ART. 2106.—La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula.

b) RENUNCIA ABSOLUTA

La Ley permite al "adquirente" renunciar *en términos absolutos* al saneamiento para el caso de evicción, lo que le impediría reclamar la devolución de lo "pagado":

> ART. 2123.—Cuando el adquirente ha renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el que enajena entregar únicamente el precio de la cosa, conforme a lo dispuesto en los artículos 2126, fracción I y 2127, fracción I; *pero aun de esta obligación quedará libre si el que adquirió lo hizo con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias.*

La parte final del numeral trascrito prevé la que hemos denominado renuncia "absoluta" al saneamiento. Para que surta efectos es necesario que el "adquirente", además de expresar su voluntad en el sentido de que no deberá prestársele indemnización alguna, conozca los riesgos de la evicción y se someta a sus consecuencias.

La redacción de la segunda parte del artículo 2123 sugiere que basta con que el adquirente haya conocido los riesgos de la evicción y se haya sometido a sus consecuencias para que pierda todo derecho al saneamiento, *aunque no hubiere renunciado expresamente a él.* En nuestra opinión debe darse continuidad a la

---

[25] BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 518 y 519.

primera y a la segunda parte de este artículo, a fin de concluir que, en la hipótesis citada, también es necesaria la renuncia.[26]

VII. SUPUESTOS EN QUE NO HAY SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN

El legislador pretendió concentrar los supuestos en que no hay saneamiento para el caso de evicción en el siguiente artículo:

> ART. 2140.—El que enajena no responde por la evicción:
> I. Si así se hubiere convenido;
> II. En el caso del artículo 2123;
> III. Si conociendo el que adquiere el derecho del que entabla la evicción, lo hubiere ocultado dolosamente al que enajena;
> IV. Si la evicción procede de una causa posterior al acto de enajenación, no imputable al que enajena, o de hecho del que adquiere, ya sea anterior o posterior al mismo acto;
> V. Si el adquirente no cumple lo prevenido en el artículo 2124;
> VI. Si el adquirente y el que reclama transigen o comprometen el negocio en árbitros sin consentimiento del que enajenó;
> VII. Si la evicción tuvo lugar por culpa del adquirente.

Las hipótesis previstas por las fracciones primera, segunda, tercera y quinta del artículo trascrito fueron analizadas en páginas anteriores, por lo que no serán objeto de mayores comentarios. A continuación procederemos con el estudio del resto de las fracciones.

A. EVICCIÓN POR CAUSA POSTERIOR A LA "ENAJENACIÓN"

La fracción cuarta del artículo 2140 excluye el derecho al saneamiento en dos casos: si la evicción tiene lugar por "una causa posterior al acto de enajenación, no imputable al que enajena" y si se produce por un "hecho del que adquiere, ya sea posterior o anterior al mismo acto". El análisis del segundo supuesto lo reservaremos para cuando comentemos la evicción por culpa del "adquirente".

---

[26] Lo que es acorde con el carácter expreso que debe revestir toda renuncia:

"ART. 6.—La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."

"ART. 7.—La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia."

La hipótesis objeto de este apartado pudiera parecer innecesaria ya que, por definición legal, la evicción debe fundarse en un derecho *anterior* al del afectado. Es decir, conforme al artículo 2119 no hay evicción si la privación ocurre por causas *posteriores* a la enajenación.

Por ejemplo, el adquirente de un inmueble que posteriormente es expropiado no puede exigir saneamiento alguno al enajenante, ya que no habrá evicción. En este caso la indemnización corresponderá pagarla al Estado.

No obstante lo anterior, al desarrollar el concepto legal de evicción concluimos que también puede presentarse si una sentencia reconoce un derecho *posterior* al del afectado pero *mejor*, como ocurre con el vendedor que enajena dos veces el mismo bien y que transmite su posesión al segundo comprador, sin que sea posible verificar la prioridad de la primera venta (artículo 2265 antes trascrito). Posiblemente el legislador haya tenido en mente esta hipótesis al redactar la fracción cuarta del artículo 2140.

En síntesis: la privación que se verifica por una causa posterior a la enajenación *imputable al enajenante* (supuesto de doble venta) es evicción y genera derecho al saneamiento. Por el contrario, la que ocurre por una causa posterior a la enajenación *no imputable al enajenante* (ejemplo de expropiación) no es evicción ni concede derecho al saneamiento.

B. TRANSACCIÓN O COMPROMISO EN ÁRBITROS SIN CONSENTIMIENTO DEL "ENAJENANTE"

El saneamiento tampoco debe prestarse si el "adquirente" y el tercero transigen[27] o someten el conflicto a decisión de uno o más árbitros[28] sin consentimiento del "enajenante".

C. EVICCIÓN POR CULPA DEL ADQUIRENTE

El derecho al saneamiento también es excluido si la evicción se produce por un hecho atribuible al adquirente. Por ejemplo, supóngase que destruye las pruebas con que el enajenante habría de defenderlo en juicio.

---

[27] "ART. 2944.—La transacción es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura."

[28] El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal define el acuerdo de arbitraje como sigue:

"ART. 611.—El acuerdo de arbitraje es un convenio por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente."

VIII. SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN EN REMATES JUDICIALES

El Código Civil destina un artículo al saneamiento para el caso de evicción en tratándose de remates judiciales:

> ART. 2141.—En las ventas hechas en remate judicial, el vendedor no está obligado por causa de la evicción que sufriere la cosa vendida, sino a restituir el precio que haya producido la venta.

La norma citada es una innovación del legislador de 1928. Establece que en las "ventas" hechas en remate judicial el "vendedor" solo deberá restituir el precio que haya producido la "venta" si el "adquirente" sufre la evicción.[29] La pregunta que debemos formularnos es: ¿a quién quiso referirse el legislador con la palabra "vendedor"? ¿Al deudor cuyos bienes fueron rematados o a los acreedores que solicitaron el remate?

Un sector de nuestra Doctrina opina que por "vendedor" debe entenderse la persona cuyos bienes fueron sacados a remate.[30] Sin embargo, a nuestro juicio el legislador de 1928 utilizó la palabra "vendedor" refiriéndose al acreedor o acreedores que solicitaron el remate de los bienes de su deudor.

En efecto, ¿por qué habría de limitarse la responsabilidad del deudor cuyos bienes fueron rematados? ¿Qué justificación habría para que solo deba "restituir" el precio y no las demás prestaciones a que se refiere el artículo 2126 (gastos del contrato, gastos de juicio y mejoras útiles y necesarias)? Se aduce que el deudor "vende" de manera forzada, que no elige al "comprador" ni interviene en la determinación del "precio", lo que explica que solo deba devolver el último;[31] sin embargo, debe recordarse que la "enajenación" se verifica en condiciones forzadas precisamente por su mora. ¿Por qué debe concederse al deudor que reniega el pago de sus obligaciones un trato más favorable que el del "enajenante" de buena fe?

---

[29] Gutiérrez y González critica el uso de la palabra "venta": "El 2141 es además criticable —señala—, porque incurre en error al hablar en forma genérica de "venta judicial", y en el caso concreto que ahí se contempla, no hay "venta". En efecto, sí hay verdaderas ventas llamadas judiciales, como sucede tratándose de bienes de personas incapaces, que se tienen que vender ante un juez y previa autorización de éste; pero en el caso que trata el artículo 2141 no hay venta, toda vez que se trata de una hipótesis en donde se saca a remate una cosa, previo secuestro de la misma para destinar su precio al pago de un crédito", *op. cit.*, p. 1221.

[30] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 516; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 380; LICONA VITE, Cecilia, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal —Comentado.* Tomo IV, *op. cit.*, p. 216.

[31] LICONA VITE, *loc. cit.*

Con base en lo expuesto ofrecemos dos conclusiones:

Primera: quienes sufran la evicción respecto de bienes "adquiridos" en remates judiciales podrán dirigirse contra el deudor a fin de reclamar un saneamiento que satisfaga, cuando menos, los conceptos que señala el artículo 2126.

Segunda: si el deudor carece de bienes suficientes que le permitan cubrir el saneamiento los afectados podrán dirigirse contra los solicitantes del remate a fin de obtener la restitución de lo entregado, con base en lo prescrito por el artículo 2141, por las normas sobre enriquecimiento ilegítimo y en lo sustentado por la Doctrina francesa,[32] probablemente tomada en cuenta por el legislador al redactar el numeral de que se trata.

---

[32] *Cfr.* PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 941.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO OCTAVO

SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

I. INTRODUCCIÓN

El saneamiento por vicios ocultos es una figura encaminada a proteger a quienes adquirieron bienes que no satisfacen sus expectativas por padecer defectos que no eran perceptibles al momento de su adquisición.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La responsabilidad por vicios ocultos se desarrolló en torno al contrato de compraventa.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Siguiendo la tradición romana reguló el saneamiento por vicios ocultos dentro del Título relativo a la compraventa.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Al igual que su antecesor francés reguló el saneamiento por vicios ocultos dentro del Título relativo al contrato de compraventa.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Reguló la responsabilidad por vicios ocultos dentro del Título relativo a la compraventa. Las disposiciones relativas a esta responsabilidad fueron aplicables a otros contratos distintos de la compraventa (parágrafo 493).

III. CONCEPTO DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

El saneamiento por vicios ocultos es un concepto integrado por dos elementos: el saneamiento y los vicios ocultos. Analizaremos por separado cada uno.

A. Concepto de vicios ocultos

Principiaremos por el concepto de vicios ocultos dado que es indispensable para comprender el de saneamiento.

El Código Civil define los vicios ocultos en el siguiente dispositivo:

> Art. 2142.—En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la hagan impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa.

La norma trascrita conceptualiza los vicios ocultos como: "defectos ocultos de la cosa enajenada que la hagan impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa".

A continuación desglosaremos el contenido de la definición legal.

- Defectos

Los vicios ocultos son defectos, es decir, imperfecciones que inciden desfavorablemente en el uso de un bien.

- Ocultos

Los vicios deben ser ocultos, en contraposición a manifiestos. Han de ser imperceptibles a simple vista, pasar desapercibidos al común de las personas.

- Cosa

Los vicios son privativos de los *bienes* (a los que el legislador indebidamente llamó "cosas"). No se consideran vicios las *imperfecciones* de los seres humanos ni de los servicios que presten.[1]

[1] Consecuentemente, no son vicios las cicatrices que existan sobre el cuerpo de una modelo ni la impericia con que un mecánico haya "arreglado" un automóvil.

- Enajenada

Los vicios deben presentarse en el bien "enajenado", es decir, en el bien *cuya propiedad fue transmitida.*

- Impropia para los usos a los que se la destina

El vicio oculto puede revestir tal gravedad que haga "impropio" el bien para los usos a los que se le destina, es decir, *que impida absolutamente* su utilización para estos usos.

Por ejemplo, un teléfono celular que no permite hacer ni recibir llamadas padece vicios que lo hacen "impropio" para los usos a los que se le destina.

- Disminución del uso

La responsabilidad por vicios ocultos nace también si el uso se ve disminuido al grado que el afectado no hubiera adquirido el bien o hubiera pagado un precio menor por él.

Los desperfectos de poca importancia —es decir, aquellos cuyo conocimiento no hubiera influido ni en la adquisición ni en su precio— no dan lugar al saneamiento.[2]

B. Concepto de saneamiento por vicios ocultos

Desde el punto de vista doctrinal el saneamiento por vicios ocultos puede definirse como la responsabilidad civil en que incurre quien incumple la obligación de entregar un bien libre de ellos.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Responsabilidad civil

El saneamiento por vicios ocultos es responsabilidad civil, es decir, un conjunto de consecuencias adversas que siguen al incumplimiento de una obligación.

Las consecuencias en este caso son dos: la posibilidad de que el contrato sea rescindido (a través de la acción denominada *redhibitoria*) y/o la de tener que indemnizar al afectado (por medio de la acción llamada *quanti minoris*).

- Incumplimiento de la obligación de entregar un bien libre de vicios ocultos

La responsabilidad por vicios ocultos recae en quien incumple la obligación de entregar un bien libre de ellos. Rojina Villegas la conceptualiza como el resultado de trasgredir el principio de exactitud en la sustancia de lo debido.[3]

[2] *Cfr.* Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, 2°, v. **1**, *op. cit.*, p. 91.

[3] *Cfr.* Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, p. 402.

IV. DETERMINACIÓN DE LA PRESENCIA DE VICIOS OCULTOS

La determinación de la presencia de vicios ocultos debe efectuarse por el órgano jurisdiccional en el proceso correspondiente, siempre que haya controversia al respecto.

Para emitir la sentencia el juzgador debe basarse en el dictamen de tres peritos: uno nombrado por cada parte y otro más que funja como tercero en discordia:

> ART. 2156.—La calificación de los vicios de la cosa enajenada se hará por peritos nombrados por las partes, y por un tercero que elegirá el juez en caso de discordia.

Los peritos deberán resolver los puntos a que se refiere el artículo siguiente:

> ART. 2157.—Los peritos declararán terminantemente si los vicios eran anteriores a la enajenación y si por causa de ellos no puede destinarse la cosa a los usos para que fue adquirida.

Corresponderá al adquirente probar que los vicios eran anteriores a la enajenación:

> ART. 2159.—Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo, se juzga que el vicio sobrevino después.

V. CONTENIDO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

La persona que se vea afectada por los vicios ocultos de lo adquirido podrá ejercitar una de dos acciones:

> ART. 2144.—En los casos del artículo 2142, puede el adquirente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que por él hubiere hecho, o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos.

A. ACCIÓN *REDHIBITORIA*

a) CONCEPTO Y CONSECUENCIAS DE SU EJERCICIO

La acción *redhibitoria* es la que permite al adquirente devolver el bien defectuoso y obtener la restitución de lo pagado así como de los gastos generados por el contrato.

De la definición propuesta se desprende que la acción *redhibitoria* acarrea dos consecuencias: sujeta al adquirente a devolver el bien que padece los vicios ocultos y constriñe al enajenante a restituir el precio y a abonar los gastos generados por el contrato y que fueron cubiertos por el adquirente.

1. Devolución del bien defectuoso

Corresponde al adquirente devolver el bien que padece los vicios ocultos de conformidad con lo siguiente:

> ART. 2154.—Si la enajenación se declara resuelta, debe devolverse la cosa enajenada en el mismo estado en que se entregó, siendo responsable el adquirente de cualquier deterioro que no proceda del vicio o defecto ocultados.

El artículo trascrito obliga al adquirente a responder por los deterioros que padezca el bien *y que no sean consecuencia del vicio oculto*. En nuestra opinión tampoco deberá responder de los menoscabos que deriven del mero transcurso del tiempo y que hubiesen afectado al enajenante si el bien se hubiera encontrado en su poder.

2. Restitución del precio y abono de los gastos generados por el contrato

Corresponde al enajenante restituir el precio y abonar los gastos erogados por el adquirente con motivo del contrato.

En lo referente a la restitución del precio debemos señalar que solo es posible si lo pagado por el adquirente fue una obligación de dar, por lo que no será procedente si lo ejecutado fue una conducta de hacer o de no hacer. En estos casos opinamos que el enajenante deberá entregar al adquirente una cantidad de dinero equivalente al valor que tendría el bien defectuoso si estuviera libre de vicios.

b) AMPLIACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

El Código Civil amplía la indemnización que debe cubrir el enajenante si actuó de mala fe:

> ART. 2145.—Si se probare que el enajenante conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente, tendrá éste la misma facultad que le concede el artículo anterior, debiendo, además, ser indemnizado de los daños y perjuicios si prefiere la rescisión.

Conforme al artículo citado el enajenante que conocía los vicios ocultos y no los hizo saber al adquirente deberá resarcir la totalidad de los daños y/o perjuicios que ocasionó con su conducta.

c) ENAJENACIÓN DE DOS O MÁS BIENES

El Código Civil prevé reglas especiales para el caso de que pretenda ejercitarse la acción *redhibitoria* respecto de contratos que tuvieron por objeto la enajenación de dos o más bienes:

> ART. 2150.—Enajenándose dos o más animales juntamente, sea en un precio alzado o sea señalándolo a cada uno de ellos, el vicio de uno da sólo lugar a la acción redhibitoria, respecto de él y no respecto a los demás, a no ser que aparezca que el adquirente no habría adquirido el sano o sanos sin el vicioso, o que la enajenación fuese de un rebaño y el vicio fuere contagioso.

La norma trascrita se refiere a la enajenación de animales, sin embargo, es aplicable a la de cualesquiera otros bienes conforme a lo siguiente:

> ART. 2152.—Lo dispuesto en el artículo 2150 es aplicable a la enajenación de cualquiera otra cosa.

De acuerdo con los numerales citados, cuando se enajenen dos o más bienes de los cuales solo uno o algunos sean defectuosos, la redhibición solo será procedente respecto de éstos; empero, podrá promoverse respecto de todo el contrato si el afectado no hubiere adquirido los bienes "sanos" sin los que padecen los vicios.

Para que sea procedente la acción *redhibitoria* respecto de todo el contrato será necesario, por regla general, que al celebrarlo el adquirente haya declarado que el motivo determinante de su voluntad fue adquirir todos los bienes *en conjunto* o que ello se desprenda de las circunstancias. La Ley presume, de modo excepcional, que el afectado no hubiera adquirido los bienes "sanos" sin los defectuosos cuando unos y otros formen *una unidad funcional*:

> ART. 2151.—Se presume que el adquirente no tenía voluntad de adquirir uno solo de los animales, cuando se adquiere un tiro, yunta o pareja, aunque se haya señalado un precio separado a cada uno de los animales que los componen.

La presunción prevista por el numeral citado es, en nuestra opinión, aplicable a la enajenación de todo tipo de bienes y no solo a la de animales.[4]

[4] Por ejemplo, el comprador de un departamento y de un cajón de estacionamiento que conforme al régimen de propiedad en condominio respectivo constituyan unidades privativas independientes podrá ejercer la acción redhibitoria respecto de todo el contrato aunque solo el primero presente vicios ocultos. Es de inferirse que el comprador no hubiera adquirido el cajón de estacionamiento sin el departamento correspondiente.

d) NATURALEZA JURÍDICA

La Ley utiliza la palabra "rescisión" para designar la consecuencia del ejercicio de la acción *redhibitoria*,[5] sin embargo, en Doctrina no hay unanimidad sobre su naturaleza jurídica. Un sector opina que efectivamente es una acción de rescisión,[6] mientras que otro considera que es una acción de nulidad.[7]

A nuestro juicio la redhibición constituye un tipo especial de rescisión. Fundamos nuestra opinión en dos argumentos:

El primero, que así la consideró el legislador, tanto por el lenguaje utilizado al regularla como por haberla previsto dentro del apartado relativo a las *consecuencias del incumplimiento de las obligaciones*.

El segundo, que la acción redhibitoria no excluye la de nulidad. El adquirente puede ejercer una u otra, pero no ambas simultáneamente. Las acciones de que se trata están sujetas a plazos distintos[8] y deben satisfacer requisitos de procedencia diversos.[9]

Decimos que la redhibición es un tipo *especial* de rescisión dado que, a menos que el enajenante haya procedido de mala fe, solo confiere al adquirente un derecho de indemnización *parcial*, encaminado al abono de los gastos ocasionados por el contrato y que hayan sido cubiertos por él. En contraste, la rescisión prevista por el artículo 1949 da derecho a la reparación de todos los daños y/o perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación.

[5] Artículos 2144, 2145 y 2146.

[6] En este sentido BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 383; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 404; BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 521; MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 343; DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 21. La Suprema Corte de Justicia de la Nación también se pronunció en este sentido: Tesis de rubro: "ACCIÓN REDHIBITORIA. ES DE RESCISIÓN Y NO DE NULIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)", Registro 339535, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXXVII, Página: 636, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[7] En este sentido Gutiérrez y González, quien da crédito al otrora alumno Alejandro González Garza (*op. cit.*, p. 1224, n. 171).

[8] Por regla general la acción redhibitoria debe ejercerse dentro del año siguiente de que fue entregado el bien defectuoso si se trata de inmuebles y dentro de los seis meses siguientes si se trata de muebles (artículo 2149); por su parte, la acción de nulidad se extingue por el transcurso de 10 años desde que fue celebrado el contrato o por el de 60 días desde que el error fue conocido, lo que ocurra primero (artículos 2236, 638 y 1159).

[9] Por ejemplo, la acción redhibitoria no es procedente si el adquirente es un perito que por razón de su oficio debió conocerlos, como veremos más adelante, mientras que la de nulidad sí lo es, ya que la Ley protege tanto a quien sufre un error excusable como a quien padece uno inexcusable.

B. Acción estimatoria o *quanti minoris*

a) Concepto y consecuencias

La acción estimatoria es la que permite al adquirente de un bien defectuoso obtener la restitución o disminución de una parte del precio que sea proporcional al menor valor de aquél derivado de la presencia del vicio oculto.

De la definición propuesta se desprende que la acción estimatoria da lugar a la restitución o a la disminución proporcional del precio.[10]

La devolución o disminución parcial del precio no es procedente si el adquirente ejecutó una prestación indivisible o una conducta de hacer o de no hacer. En estos casos opinamos que el enajenante deberá entregar al adquirente una cantidad de dinero equivalente al menor valor del bien.[11]

b) Naturaleza jurídica

La acción estimatoria tiene la naturaleza de una acción de responsabilidad civil en sentido estricto, ya que su objeto es resarcir el daño sufrido por el adquirente como consecuencia del incumplimiento parcial de la obligación asumida por su contraparte.

C. Disposiciones comunes

a) Extinción del derecho de opción

La facultad del adquirente de optar entre la acción *redhibitoria* y la *quanti minoris* se extingue una vez que elige una u otra:

> Art. 2146.—En los casos en que el adquirente pueda elegir la indemnización o la rescisión del contrato, una vez hecha por él la elección del derecho que va a ejercitar, no puede usar del otro sin el consentimiento del enajenante.

La parte final del numeral citado autoriza al adquirente a modificar su elección si cuenta con el consentimiento del enajenante.

La Ley no aclara de qué manera debe llevarse a cabo la elección. A nuestro juicio la facultad de elegir puede ejercerse judicial y extrajudicialmente.

b) Pérdida del bien

El Código Civil regula las consecuencias de la pérdida del bien defectuoso distinguiendo entre la que es consecuencia del vicio oculto y la que deriva del caso fortuito o fuerza mayor o de la culpa del adquirente.

---

[10] *Cfr.* Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, 2°, v. 1, *op. cit.*, p. 108.

[11] *Ibid.*, p. 113.

1. Pérdida del bien ocasionada por el vicio oculto

El adquirente que pierde el bien defectuoso a consecuencia del vicio oculto tiene derecho a lo siguiente:

> Art. 2147.—Si la cosa enajenada pereciere o mudare de naturaleza a consecuencia de los vicios que tenía, y eran conocidos del enajenante, éste sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios.

La norma trascrita alude al supuesto en que el enajenante procedió de mala fe; por el contrario, si obró de buena fe será aplicable lo siguiente:

> Art. 2148.—Si el enajenante no conocía los vicios, solamente deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado.

En nuestra opinión las disposiciones trascritas deberían derogarse, ya que nada agregan a la responsabilidad del enajenante.

2. Pérdida del bien derivada del caso fortuito o fuerza mayor o de la culpa del adquirente

Si la pérdida del bien acontece por caso fortuito o fuerza mayor o por culpa del adquirente deberá observarse lo siguiente:

> Art. 2160.—Si la cosa enajenada con vicios redhibitorios se pierde por caso fortuito o por culpa del adquirente, le queda a éste, sin embargo, el derecho de pedir el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio.

El numeral anotado excluye la acción *redhibitoria* pero deja subsistente la *quanti minoris*.

c) Plazo para el ejercicio

Las acciones que derivan de la presencia de vicios ocultos deben ejercerse dentro de los plazos previstos por el siguiente numeral:

> Art. 2149.—Las acciones que nacen de lo dispuesto en los artículos del 2142 al 2148, se extinguen en un plazo de un año tratándose de bienes inmuebles, y de seis meses tratándose de bienes muebles, contados desde la entrega de la cosa enajenada, sin perjuicio de lo dispuesto en el caso especial a que se refieren los artículos 2138 y 2139.

Conforme al artículo trascrito la acción *redhibitoria* y la estimatoria deben ejercerse dentro del año siguiente a la entrega, tratándose de bienes inmuebles,

y dentro de los seis meses siguientes, tratándose de bienes muebles. La remisión a los artículos 2138 y 2139 es desafortunada, ya que regulan un supuesto de evicción parcial ajeno a la materia de vicios ocultos.

El adquirente cuyo derecho al saneamiento se haya extinguido por haber transcurrido los plazos legales podrá demandar, en su caso, la nulidad del contrato por error siempre que la acción respectiva continúe vigente.

El legislador estableció dos excepciones a lo previsto por el artículo 2149. La primera se verifica con motivo de la enajenación de animales:

> ART. 2155.—En el caso de enajenación de animales, ya sea que se enajenen individualmente, por troncos o yuntas, o como ganados, la acción redhibitoria por causa de tachas o vicios ocultos, sólo dura veinte días, contados desde la fecha del contrato.

La norma citada es regla especial al artículo 2149, tanto por la duración de la acción para exigir el saneamiento como por el momento a partir del cual inicia el cómputo del plazo extintivo.

La segunda excepción se refiere a la enajenación de bienes de rápida descomposición:

> ART. 2161.—El adquirente de la cosa remitida de otro lugar que alegare que tiene vicios redhibitorios, si se trata de cosas que rápidamente se descomponen, tiene obligación de avisar inmediatamente al enajenante, que no recibe la cosa; si no lo hace, será responsable de los daños y perjuicios que su omisión ocasione.

Para que sea aplicable lo previsto por la norma citada deben cumplirse dos supuestos: que lo adquirido haya sido enviado de un lugar distinto al de la celebración del contrato y que se trate de un bien de rápida descomposición. Actualizadas ambas hipótesis el adquirente deberá avisar al enajenante *inmediatamente* —y no dentro de los plazos a que se refiere el artículo 2149— que no recibirá el bien de que se trate, de lo contrario deberá reparar los daños y/o perjuicios que cause su omisión. A nuestro juicio lo correcto hubiese sido privar al adquirente del derecho al saneamiento, en lugar de obligarlo a indemnizar al enajenante.

VI. REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

El Código Civil permite a las partes ampliar, reducir y renunciar al saneamiento por vicios ocultos:

> ART. 2158.—Las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no haya mala fe.

A. AUMENTO CONVENCIONAL DEL SANEAMIENTO

Las partes pueden incrementar voluntariamente la responsabilidad por vicios ocultos. Pueden, por ejemplo, convenir que el enajenante deba resarcir la totalidad de los daños y/o perjuicios que sufra el adquirente, con independencia de su buena o mala fe, o extender el plazo durante el cual deberá prestar el saneamiento. Pueden igualmente pre-cuantificar el importe de la responsabilidad civil, en cuyo caso estimamos que no deberá exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal, siendo aplicable el límite previsto para la cláusula penal.

B. REDUCCIÓN CONVENCIONAL DEL SANEAMIENTO

La responsabilidad por vicios ocultos también puede ser disminuida por voluntad de los contratantes. Pueden, por ejemplo, acordar que solo deberá restituirse el precio recibido, más no los gastos generados por el contrato o reducir el tiempo durante el cual serán ejercitables la acción *redhibitoria* o la *quanti minoris*.

En todo caso el enajenante deberá obrar de buena fe, de lo contrario la estipulación será ineficaz y el adquirente podrá proceder conforme a los artículos 2144 y 2145 antes trascritos.

C. RENUNCIA ANTICIPADA AL SANEAMIENTO

Una tercera posibilidad es que el adquirente renuncie de modo anticipado al saneamiento por vicios ocultos.

El legislador no distinguió entre la renuncia simple y la absoluta, a diferencia de como hizo en materia de evicción, por lo que basta la declaración del adquirente de que el contrato no se rescindirá ni habrá lugar a indemnización alguna por causa de vicios ocultos para que el enajenante quede liberado de esta responsabilidad.

Para que la renuncia sea válida también es necesario que el enajenante obre de buena fe.

VII. SUPUESTOS EN QUE NO HAY LUGAR AL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

El Código Civil regula las causas que excluyen el saneamiento por vicios ocultos en diversos numerales. A continuación analizaremos cada una.

A. Contratos gratuitos

El saneamiento por vicios ocultos no tiene lugar en los contratos gratuitos, según se desprende de la primera parte del artículo 2142, que lo restringe exclusivamente a los "contratos conmutativos".[12]

B. Contratos aleatorios

Los contratos aleatorios tampoco dan lugar al saneamiento por vicios ocultos, lo que se fundamenta en el referido artículo 2142, que lo limita a los conmutativos.

C. Vicios manifiestos

El enajenante no es responsable de los vicios que se encuentren a la vista del adquirente:

> Art. 2143.—El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista...

D. Adquirente perito

El saneamiento por vicios ocultos tampoco debe prestarse si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debía conocerlos:

> Art. 2143.—El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista, *ni tampoco de los que no lo están, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos.*

La norma trascrita impediría, por ejemplo, que un mecánico automotriz reclame el saneamiento por vicios ocultos de un vehículo usado que adquiera.

Con relación a la excluyente de que se trata son oportunos dos comentarios: el primero, que no debe aplicarse en perjuicio de personas que se dediquen a actividades distintas de las vinculadas con su título profesional;[13] y el

[12] Los contratos conmutativos son una especie de los contratos onerosos (artículos 1837 y 1838).

[13] Por ejemplo, un arquitecto que pasó los últimos 10 años enseñando historia universal debe poder demandar el saneamiento por vicios ocultos si adquiere un inmueble afectado por ellos.

segundo, que no impide el ejercicio de la acción de nulidad por error en el motivo determinante de la voluntad.

E. Mala fe del adquirente

No hay una norma que expresamente excluya el derecho al saneamiento por vicios ocultos si el adquirente tuvo conocimiento de ellos al celebrar el contrato, sin embargo, resulta del concepto mismo de vicios ocultos.

El artículo 2142, en su parte final, establece que el defecto ha de disminuir el uso del bien al grado que: "*que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa*". De lo trascrito se infiere que si el adquirente conoció los defectos y decidió adquirir el bien de todos modos no hubo vicios ocultos desde el punto de vista legal.

F. Vicios posteriores a la enajenación

El enajenante tampoco debe prestar el saneamiento por vicios ocultos que hayan sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato. Lo anterior resulta del artículo 2157, que obliga a los peritos a determinar si los vicios surgieron con *anterioridad* a la enajenación, y del artículo 2159, que impone al adquirente la carga de probar que los vicios *existían al tiempo de la adquisición*.[14] Ambas disposiciones fueron trascritas anteriormente.

La *ratio iuris* de la excluyente de mérito reside en que el adquirente, en su calidad de propietario, debe soportar los riesgos del bien que sean posteriores a la enajenación.[15]

G. Remate judicial

La responsabilidad por vicios ocultos tampoco surge en tratándose de enajenaciones verificadas en remate judicial:

> Art. 2162.—El enajenante no tiene obligación de responder de los vicios redhibitorios, si el adquirente obtuvo la cosa por remate o por adjudicación judicial.

La excluyente prevista por la norma trascrita libera al "enajenante" de la obligación de responder por vicios redhibitorios, pero ¿a quién se refirió el legislador con la palabra "enajenante"?

[14] Borja Soriano, *op. cit.*, p. 521.

[15] *Cfr.* Bejarano Sánchez, *op. cit.*, pp. 382 y 383.

Supóngase que un inmueble propiedad de Juan es rematado a instancia de Luis, acreedor suyo. Piénsese que el inmueble enajenado padece vicios ocultos ¿podrá el ganador del remate exigir el saneamiento? ¿Quién sería el "enajenante" para estos efectos, Juan o Luis?

Desde el punto de vista material el enajenante fue Juan, ya que la propiedad del inmueble salió de su patrimonio —de manera forzada—. En apariencia el enajenante fue Luis, ya que él promovió el remate y él fue beneficiario del precio.

Negar al adquirente todo derecho al saneamiento en los casos de remate judicial sería inequitativo, ya que las circunstancias en que se verifica la enajenación no justifican la supresión de este derecho.[16] En nuestra opinión el artículo 2162 debe interpretarse de modo que por "enajenante" se entienda el *promotor del remate*, lo que no impediría que el adquirente exija el saneamiento a quien era propietario. Sostener que el último tampoco debe prestarlo conduciría al absurdo de conceder al deudor moroso un régimen más benigno del que corresponde al enajenante de buena fe.

[16] En sentido opuesto Gutiérrez y González: "La razón de ser de esta norma es clara: Si el vicio oculto para que engendre la responsabilidad del enajenante, precisa de que haya culpa, ya sea por negligencia o dolosa, y si en el caso de la almoneda pública el enajenante no da su voluntad para que su cosa se enajene, sino que ello es precisamente contra su voluntad, no se le puede suponer culpa alguna por el vicio oculto, a más de que en caso de almoneda la cosa puede ser inspeccionada libremente y con toda la minuciosidad que se requiera, por quien desee adquirirla" (*op. cit.*, p. 1225).

Capítulo Cuadragésimo Noveno

TEORÍA DE LOS RIESGOS

I. INTRODUCCIÓN

La teoría de los riesgos busca contestar una pregunta: ¿el deudor de una obligación recíproca debe cumplirla aunque su contraparte no pueda pagar la suya por causas no imputables a ella?[1]

El Código Civil regula la teoría de los riesgos junto con otras hipótesis de responsabilidad civil. En este capítulo estudiaremos las disposiciones respectivas y señalaremos en cada caso si prevén o no un supuesto de teoría de los riesgos.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

Los juristas romanos no construyeron una teoría general sobre los riesgos del contrato, sin embargo, hicieron un número importante de reflexiones al respecto con motivo de la compraventa.

B. Código Napoleón

No previó una regulación general sobre la teoría de los riesgos.

C. Código Civil de 1884

Tampoco previó una regulación general sobre la teoría de los riesgos, sin embargo, la reglamentó respecto de casos específicos dentro del Capítulo relativo a las obligaciones de dar.

[1] *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 905.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

A diferencia de su antecesor francés sí previó una regulación general sobre la teoría de los riesgos (parágrafo 323).

III. CONCEPTO DE TEORÍA DE LOS RIESGOS

La teoría de los riesgos es el conjunto de normas jurídicas que determinan si una de las partes de un contrato bilateral debe pagar la obligación recíproca a su cargo cuando la de su contraparte no pueda ser cumplida por caso fortuito o fuerza mayor.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Conjunto de normas jurídicas

La teoría de los riesgos es un conjunto de normas jurídicas, un grupo de disposiciones que regulan una hipótesis particular.

La mayoría de las reglas sobre teoría de los riesgos se concentra en el Capítulo referente a las obligaciones de dar, ubicado dentro del Título relativo a las modalidades de las obligaciones. Sin embargo, el Código Civil prevé reglas adicionales en otros apartados tanto de la Teoría General de las Obligaciones como de la regulación de los contratos en especial.

Las disposiciones *legales* sobre teoría de los riesgos son supletorias de la voluntad de las partes, por lo que pueden convenir soluciones distintas de las establecidas por el legislador.

- Una de las partes de un contrato bilateral

El problema de los riesgos solo se presenta en los contratos bilaterales, no así en los unilaterales:

> El problema que antecede no podría plantearse en los contratos unilaterales —anota Rojina Villegas—, pues en los mismos, por el solo hecho de que el obligado no pueda cumplir su prestación por un caso fortuito o de fuerza mayor, quedará liberado, sin que exista posibilidad de plantear el problema relativo a saber si la otra parte tendrá que cumplir, pues precisamente por tratarse de un contrato unilateral, ninguna obligación existirá a su cargo.[2]

En efecto, como explica el doctrinario citado, en los contratos unilaterales el caso fortuito o fuerza mayor excluye la responsabilidad del obligado, pero no genera un problema de riesgos dada la falta de obligaciones recíprocas.[3] Por el contrario, en los contratos bilaterales el caso fortuito o fuerza mayor *excluye la responsabilidad y genera un problema de riesgos.*[4]

Los contratos bilaterales llamados *imperfectos* tampoco suscitan problema alguno de riesgos, ya que si bien producen obligaciones a cargo de cada contratante, éstas no son recíprocamente interdependientes.

- Necesidad de pagar una obligación recíproca

El objeto de la teoría de los riesgos es resolver si el deudor de una obligación recíproca debe cumplirla aunque no reciba la contraprestación que le corresponde.

- Imposibilidad de cumplimiento de la obligación correlativa por caso fortuito o fuerza mayor

El problema de los riesgos solo se presenta si la contraprestación no puede ser cumplida por caso fortuito o fuerza mayor.[5] Si la falta de pago resulta del dolo o de la culpa del deudor o de hechos del acreedor habrá un problema de responsabilidad civil y no uno de riesgos.

IV. TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LAS OBLIGACIONES DE DAR

A. Pérdida de un bien

Antes de iniciar el estudio de la teoría de los riesgos en las obligaciones de dar conviene precisar en qué consiste la pérdida de un bien, ya que, la mayoría de las veces, la imposibilidad de pago resultará de ella.

a) Concepto de pérdida

El Código Civil conceptualiza la pérdida de un bien como sigue:

---

[2] Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, p. 368.

[3] Por ejemplo, supóngase que una persona dona a otra un caballo específico. Piénsese que el animal perece por caso fortuito o fuerza mayor antes de ser entregado. En esta hipótesis el donante quedará eximido de responsabilidad, pero no se suscitará cuestión alguna de riesgos dado que el donatario no se obligó a ejecutar algo a cambio de lo donado.

[4] En el ejemplo planteado en la nota anterior, piénsese que el caballo fue vendido y no donado. Su pérdida por caso fortuito o fuerza mayor liberará de responsabilidad al vendedor, pero también suscitará un problema de riesgos: ¿deberá el comprador pagar el precio aunque no reciba al animal?

[5] Sobre el concepto de caso fortuito o fuerza mayor véase capítulo cuadragésimo.

ART. 2021.—La pérdida de la cosa puede verificarse:

I. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio;

II. Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar.

El numeral trascrito prevé tres hipótesis de pérdida de un bien: que perezca, que quede fuera del comercio o que desaparezca.

1. *Perecimiento*

La primera causa por la que un bien puede perderse, para efectos legales, es que perezca. Un bien perece si deja de ser lo que es, si se extingue su esencia. Por ejemplo, un libro perece si es consumido por el fuego en un incendio.

2. *Exclusión del comercio*

La segunda causa por la que un bien puede perderse es que quede fuera del comercio.[6]

Para efectos de la pérdida de un bien lo común es que quede excluido del comercio por una disposición legal que así lo establezca.[7] Por ejemplo, piénsese que una persona vende a otra un kilo de una sustancia que con posterioridad a la celebración del contrato es sustraída del comercio por el legislador.

3. *Desaparición*

La tercera causa por la que un bien puede perderse es que desparezca. La desaparición se verifica cuando dejan de tenerse noticias suyas o cuando teniéndolas no puede recobrarse.

Por ejemplo, un caballo que se escapa de un establo puede darse por perdido debido a la escasa probabilidad de tener noticias de él. Los bienes que quedan atrapados tras una explosión registrada en una mina de carbón se pierden ya que, aunque se conozca su ubicación, difícilmente podrán recobrarse.

b) PRESUNCIÓN DE CULPA

El Código Civil establece la siguiente presunción *iuris tantum* con relación a la pérdida de un bien:

[6] Sobre lo que debe entenderse por "comercio" véase capítulo tercero.

Los bienes pueden quedar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley:

"ART. 748.—Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley."

"ART. 749.—Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular."

[7] En sentido similar ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 379.

ART. 2018.—La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario.

Para que las normas sobre teoría de los riesgos sean aplicables es necesario que el deudor desvirtúe la presunción prevista por el artículo trascrito, demostrando que la pérdida del bien tuvo lugar por caso fortuito o fuerza mayor. De lo contrario regirán las disposiciones sobre responsabilidad civil.

B. TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS TRASLATIVOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El legislador reguló la teoría de los riesgos en los contratos traslativos del derecho de propiedad distinguiendo entre los "simples" y los que van acompañados de un pacto de reserva de posesión, uso o goce.

a) CONTRATOS TRASLATIVOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD "SIMPLES"

1. *Enajenación de bienes individualizados*

El Código Civil regula la cuestión de los riesgos en el siguiente dispositivo:

ART. 2017.—En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:

I. Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios;

II. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios;

III. Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación;

IV. Si se deteriorare por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle;

V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido.

De las fracciones que integran el numeral trascrito *solo la última regula una hipótesis de teoría de los riesgos*. El resto reglamenta supuestos de responsabilidad civil y podrían derogarse dado que su contenido resulta de otras disposiciones legales.

Las fracciones primera y segunda se refieren al incumplimiento de la obligación imputable al deudor, que lo sujeta a indemnizar los daños y/o perjui-

cios causados y, en su caso, a soportar la rescisión del contrato, lo que ya establecen los artículos 2104, 2105 y 1949. Las fracciones tercera y cuarta aluden al incumplimiento imputable al acreedor, que sirve como excluyente de responsabilidad al deudor conforme a lo previsto por los artículos 1910 y 1913.

La fracción quinta del artículo 2017 establece que si el bien se pierde por caso fortuito o fuerza mayor "la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida". La obligación a que se refirió el legislador es la de entregar el bien y, más que quedar sin efecto, se extingue por falta de objeto. El "dueño" a que se hace mención es el adquirente, quien obtuvo la propiedad de lo perdido desde la celebración del contrato.[8]

La redacción de la fracción quinta no es del todo afortunada, ya que *literalmente* no resuelve el problema de los riesgos. En efecto, que "el dueño sufra la pérdida" no podría ser de otra manera, ya que naturalmente es quien se verá afectado por la extinción de su derecho de propiedad. El legislador quiso decir que el dueño, además de verse privado de la propiedad, *deberá pagar la contraprestación a su cargo.*

Por ejemplo, supóngase que Juan vendió a Luis una obra de arte que debía serle entregada dentro de dos semanas. Piénsese que antes de la entrega la obra fue destruida por una inundación de la que no puede imputarse culpa a Juan. La Ley establece que Luis deberá soportar la pérdida, lo que no solo significa que se verá privado de su derecho de propiedad —lo que es obvio—, sino también que deberá pagar el precio o, si ya lo hubiere pagado, que no podrá exigir su devolución.

El legislador de 1928 incorporó el principio romano *periculum est emptoris* —el riesgo es del comprador— que a partir del Código Napoleón y debido a la introducción del efecto traslativo de dominio en los contratos pudo expresarse con la fórmula *res perit domino* —la cosa perece para su dueño—.

La fracción en comento alude a la *pérdida* de la "cosa", pero nada dispone sobre su *deterioro*. Estimamos que la regla *res perit domino* rige también en este supuesto, con base en un argumento de mayoría de razón.

La parte final del numeral de que se trata reconoce la facultad de los contratantes de establecer una regla distinta a la indicada, lo que es redundante ya que resulta del principio de autonomía de la voluntad.

El Código Civil pretendió "compensar" al adquirente por la pérdida de lo debido obligando al enajenante a transmitirle lo siguiente:

[8] "ART. 2014.—En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público."

ART. 2020.—El deudor de una cosa perdida o deteriorada sin culpa suya, está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización a quien fuere responsable.

La norma trascrita constriñe al deudor —es decir, al enajenante— a ceder al acreedor —o sea el adquirente— "cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización a quien fuere responsable". A primera vista esta disposición parece inoperante, ya que el acreedor era propietario de lo perdido y, por ende, titular de los derechos y acciones mencionados.

Por ejemplo, supóngase que un automóvil es destruido en una colisión ocasionada por un tercero cuando el vendedor se dirigía a entregarlo al comprador. ¿Qué derechos y acciones deberá ceder el primero al segundo? Si el comprador era propietario del vehículo ¿por qué requeriría una cesión de derechos para dirigirse contra el responsable?

En efecto, el adquirente no requiere de cesión alguna para reclamar al trasgresor la indemnización que corresponda por los daños infligidos a lo adquirido. En este aspecto el artículo 2020 es innecesario. Sin embargo, si el enajenante fuere titular de un derecho indemnizatorio cuya finalidad sea resarcir los daños indicados y *no derive de la propiedad de lo enajenado* deberá cederlo al adquirente.

2. Enajenación de "géneros"

Lo que la Ley y la Doctrina denominan enajenación de "géneros" es en realidad la de bienes determinados solo por su especie.[9] En estos casos no es aplicable el artículo 2017 —que alude a "la obligación de dar *cosa cierta*"— sino lo establecido en el siguiente numeral:

ART. 2022.—Cuando la obligación de dar tenga por objeto una cosa designada sólo por su género y calidad, luego que la cosa se individualice por la elección del deudor o del acreedor, se aplicarán, en caso de pérdida o deterioro, las reglas establecidas en el artículo 2017.

La norma citada establece que en las enajenaciones de bienes designados por su "género y calidad" las reglas previstas por el artículo 2017 serán aplicables *hasta que se individualicen* por "la elección del deudor o del acreedor". Esta disposición es criticable por lo siguiente:

En primer lugar, porque no basta con que el deudor elija el bien con el cual cumplirá su obligación para que transmita su propiedad al acreedor, sino

[9] Sobre la determinación en cuanto a la especie véase capítulo tercero.

que también debe hacer de su conocimiento el resultado de la elección.[10] Consecuentemente, el artículo 2017 solo debería aplicarse una vez que se cumplan ambos requisitos.

En segundo lugar, porque su texto, *interpretado literalmente*, tampoco resuelve el problema de los riesgos:

Supóngase que una persona vende a otra cien metros de tela de una especie y calidad determinadas. Piénsese que un incendio consume la bodega en que se encontraba la tela con que el vendedor pretendía cumplir su obligación. Al tenor de lo previsto por el artículo 2022 ¿quedará éste liberado? ¿Deberá el comprador pagar el precio?

El numeral citado solo establece que no es aplicable el artículo 2017, ya que la tela aún no había sido individualizada, pero entonces ¿cuál es la norma que rige este supuesto?

Pueden asumirse dos criterios:

El primero, que el vendedor quedará liberado de su obligación en virtud de que, por regla general, nadie debe responder del caso fortuito o fuerza mayor.[11] De adoptar esta solución consideramos que, por reciprocidad, el comprador tampoco deberá pagar el precio.

El segundo, que el vendedor continuará obligado a entregar cien metros de tela de la especie y calidad acordadas, de conformidad con la máxima *genera non pereunt* —los géneros no perecen—. De seguir esta solución el comprador continuará obligado a pagar el precio.

La Doctrina se ha pronunciado unánimemente por el segundo criterio.[12]

Por nuestra parte consideramos que debe prevalecer el segundo criterio, sin embargo, el artículo 2022 debería reformarse para incorporarlo con claridad.

b) CONTRATOS TRASLATIVOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD CON RESERVA DE POSESIÓN USO O GOCE

Los contratos traslativos del derecho de propiedad en los que el enajenante se reserve la posesión, el uso o el goce temporal de lo enajenado se rigen, en lo referente a la teoría de los riesgos, por la siguiente disposición:

[10] "ART. 2015.—En las enajenaciones de alguna especie determinada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta, y determinada *con conocimiento del acreedor.*"

[11] "ART. 2111.—Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone."

[12] *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 575; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 362; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, pp. 383 y 384; MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, pp. 274 y 275.

ART. 2023.—En los casos de enajenación con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las reglas siguientes:

I. Si hay convenio expreso se estará a lo estipulado;

II. Si la pérdida fuere por culpa de alguno de los contratantes, el importe será de la responsabilidad de éste;

III. A falta de convenio o de culpa, cada interesado sufrirá la pérdida que le corresponda, en todo si la cosa perece totalmente, o en parte, si la pérdida fuere solamente parcial;

IV. En el caso de la fracción que precede, si la pérdida fuere parcial y las partes no se convinieren en la disminución de sus respectivos derechos, se nombrarán peritos que la determinen.

La norma citada solo es aplicable si se enajenan bienes individualizados, tanto por la operatividad de la reserva de posesión, uso o goce —que tiene más sentido en esta clase de enajenaciones— como por la especialidad del artículo 2022.

De las fracciones que integran el artículo 2023 solo son relevantes —para la teoría de los riesgos— la tercera y la cuarta. La fracción primera podría derogarse dado que lo previsto en ella es consecuencia del principio de autonomía de la voluntad. La fracción segunda también podría derogarse ya que su contenido resulta de la normas sobre responsabilidad civil.

La fracción tercera es la que pretende resolver el problema de los riesgos: si el bien se pierde por caso fortuito o fuerza mayor "cada interesado sufrirá la pérdida que le corresponda", ya sea total o parcial. ¿Es una regla distinta de la prevista por el artículo 2017? Para contestar esta pregunta debemos distinguir primero las hipótesis que regulan uno y otro dispositivo.

El artículo 2017 y el 2023 tienen en común que ambos presuponen un contrato traslativo de propiedad y que el enajenante se halla lícitamente en poder del bien objeto del negocio.[13] Las normas difieren en la calidad con que el enajenante conserva el bien: el artículo 2017 supone que lo retiene en calidad de simple detentador, sin facultad de usarlo o de obtener provecho alguno de él;[14] el 2023 supone que lo conserva en calidad de poseedor, pudiendo, en su caso, usarlo y percibir sus frutos.[15]

[13] Es decir, no por su mora o por alguna otra circunstancia contraria a Derecho que haría aplicables las disposiciones sobre responsabilidad civil.

[14] Por ejemplo, una agencia de automóviles que se obliga a entregarlos dentro del mes siguiente a su compra los conserva en calidad de simple detentador, por lo que debe abstenerse de utilizarlos.

[15] Por ejemplo, el particular que vende su vehículo usado y pide al comprador que le permita utilizarlo durante la semana siguiente a la celebración del contrato lo conserva en calidad de poseedor.

Habiendo precisado el supuesto a que se refiere uno y otro numeral corresponde analizar la regla prevista por la fracción tercera del 2023: "cada interesado sufrirá la pérdida que le corresponda". ¿De qué modo sufrirá el adquirente la pérdida que le corresponde? Considerando que era propietario de lo enajenado y, siguiendo el criterio aplicado al artículo 2017, entendemos que, además de verse privado de su derecho de propiedad, deberá pagar el precio convenido. ¿De qué modo sufrirá el enajenante la pérdida que le corresponde? Interpretamos que su pérdida consistirá en la supresión de la posesión, uso o goce reservados.[16]

La fracción cuarta del artículo 2023 solo es aplicable ante la pérdida parcial de lo enajenado. Dispone que si las partes "no se convinieren en la disminución de sus respectivos derechos, se nombrarán peritos que la determinen".[17]

C. Teoría de los riesgos en los contratos traslativos de derechos distintos de la propiedad

Si lo celebrado es un contrato que no transmite la propiedad de un bien y éste se pierde por caso fortuito o fuerza mayor es aplicable lo siguiente:

> Art. 2024.—En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte.

La norma trascrita atribuye el riesgo "al acreedor", pero ¿qué debemos entender por "acreedor"?

Por ejemplo, supóngase que una persona da en arrendamiento una casa a otra. Piénsese que una inundación impide al arrendatario ingresar al inmueble ¿deberá seguir pagando renta durante el tiempo que dure el impedimento? ¿O deberá el arrendador asumir el riesgo? ¿Quién de ellos es el "acreedor" para efectos del artículo 2024?

La Doctrina ha ofrecido diversas interpretaciones acerca de quién es el "acreedor". Rojina Villegas opina que es el propietario del bien.[18] Bejarano

[16] Volviendo al ejemplo del particular que vende su automóvil usado: el comprador deberá soportar la extinción de su derecho de propiedad, así como la necesidad de pagar el precio; el vendedor deberá asumir la pérdida del uso que se reservó al celebrar el contrato.

[17] Por ejemplo, el vendedor de un terreno de cultivo que se reserve una cantidad específica de frutos durante un tiempo deberá acordar con el comprador la disminución de su derecho si una porción del suelo se vuelve infértil por caso fortuito o fuerza mayor.

[18] *Cfr.* Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, p. 375.

Sánchez señala que el "acreedor" es el adquirente del uso o goce y critica al legislador por haber dado esta solución.[19]

En nuestra opinión el "acreedor" es el adquirente del derecho distinto de la propiedad. Fundamos nuestra interpretación en dos argumentos:

El primero, que el único crédito que se menciona en el citado numeral es "la prestación de la cosa", por lo que el "acreedor" debe ser quien tenga derecho a ella. Volviendo al ejemplo del arrendamiento, durante la vigencia del contrato el arrendatario es quien tiene derecho a "la prestación de la cosa", mientras que el arrendador tiene derecho a la renta.

El segundo, que el Código Civil de 1884 disponía expresamente que, en el supuesto planteado, "el riesgo será siempre de cuenta del *dueño*" (artículo 1450). El legislador de 1928 modificó la redacción a "el riesgo será siempre de cuenta del *acreedor*". El cambio introducido en el artículo 2024 debe interpretarse de modo que surta efecto, es decir, entendiendo por "acreedor" a alguien distinto del "dueño".

D. Teoría de los riesgos en las obligaciones de dar sujetas a condición

a) Obligaciones de dar sujetas a condición suspensiva

Las obligaciones de dar sujetas a condición suspensiva se rigen, en lo referente a la teoría de los riesgos, por lo siguiente:

> Art. 1948.—Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente ésta, se perdiere, deteriorare o bien se mejore la cosa que fue objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes:
>
> I. Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación;
>
> II. Si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.
>
> Entiéndase que la cosa se pierde cuando se encuentra en alguno de los casos mencionados en el artículo 2021.
>
> III. Cuando la cosa se deteriore sin culpa del deudor, éste cumple su obligación entregando la cosa al acreedor en el estado en que se encuentre al cumplirse la condición;
>
> IV. Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación o su cumplimiento, con la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos;
>
> V. Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor;

[19] *Cfr.* Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 364.

VI. Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario.

De las fracciones que integran el numeral trascrito solo la primera y la tercera regulan hipótesis de teoría de los riesgos.

Las fracciones segunda y cuarta aluden, respectivamente, a la pérdida o deterioro del bien objeto de la obligación condicional *por culpa del deudor*, es decir, a supuestos de responsabilidad civil. Para que el acreedor pueda exigir el pago de la obligación, en términos de lo prescrito por la fracción cuarta, consideramos que primero debe cumplirse la condición a que se sujetó su existencia. Por el contrario, el crédito indemnizatorio previsto por ambas fracciones y la "resolución" a que se refiere la fracción cuarta pueden exigirse aunque no se haya cumplido la condición, ya que resultan del incumplimiento de lo prescrito por el artículo 1942.

Las fracciones quinta y sexta regulan, respectivamente, el mejoramiento del bien por su naturaleza o por el tiempo y por hechos del deudor. En el último supuesto la Ley confiere al deudor los derechos del usufructuario.[20] Tampoco son hipótesis de teoría de los riesgos.

Las fracciones primera y tercera son las únicas que nos interesan para efectos de este capítulo, ya que solo ellas prevén la pérdida o deterioro del bien *sin culpa del deudor*.

1. *Pérdida del bien*

La fracción primera del artículo 1948 dispone que: "si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación".

En primer lugar debemos aclarar que lo que se extingue no es la obligación, sino la expectativa de que era titular el acreedor. La primera no nace mientras la condición no se cumpla.[21]

En segundo lugar debemos determinar si la regla mencionada resuelve o no el problema de los riesgos. El que la "obligación" quede extinguida ¿qué nos dice sobre la deuda actual o eventual de la contraparte?

Por ejemplo, supóngase que dos personas celebran un contrato de compraventa y sujetan todos y cada uno de sus efectos a condición suspensiva. Piénsese que antes de que la condición se cumpla el bien objeto del contrato perece por caso fortuito o fuerza mayor. Conforme al Código Civil la "obligación" del vendedor quedará extinguida ¿pero qué sucederá con la del comprador?

[20] Artículo 1003.

[21] Véase capítulo vigésimo quinto.

Mientras la condición no se cumpla el comprador no estará obligado a pagar el precio, ya que su deuda no existirá. Pero, ¿qué ocurre si la condición se cumple? El artículo 1948 no lo resuelve, por lo que debemos estar a lo ordenado por la fracción quinta del artículo 2017, trascrito anteriormente: "el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido". Cabe preguntar ¿quién es el dueño en este caso?

Pueden adoptarse dos criterios:

El primero, que el dueño es el vendedor, ya que era titular del derecho de propiedad al momento en que pereció el bien. De seguir esta interpretación el comprador quedará liberado de la obligación de pagar el precio.

El segundo, que el dueño es el comprador, ya que cumplida la condición sus efectos se retrotraen "al tiempo en que la obligación fue formada",[22] lo que implicaría que él fue el propietario cuando pereció el bien. De adoptar esta solución deberá pagar el precio.

Por nuestra parte adoptamos el primer criterio —el enajenante deberá sufrir la pérdida y el adquirente quedar liberado de la obligación de pagar el precio—, con base en una interpretación histórica:[23] el Código Civil de 1884 consignó claramente el segundo criterio;[24] el legislador de 1928 cambió la redacción de la disposición respectiva, por lo que entendemos que quiso establecer una solución distinta.

2. *Deterioro del bien*

La fracción tercera del artículo 1948 prevé que: "cuando la cosa se deteriore sin culpa del deudor, éste cumple su obligación entregando la cosa al acreedor en el estado en que se encuentre al cumplirse la condición".

Se trata de una regla inversa a la aplicable en los casos de pérdida, ya que impone los riesgos del deterioro al adquirente y no al enajenante. Aquél deberá pagar la totalidad del precio y recibir el bien en el estado en que se encuentre al cumplirse la condición.

[22] "ART. 1941.—Cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente."

[23] No compartimos la opinión de que el efecto retroactivo de la condición no permite que se tengan por celebrados contratos que no podrían celebrarse en el presente.

[24] "ART. 1340.—Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente ésta se perdiere, deteriorare, o bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes."

"ART. 1343.—Cuando la cosa se pierde o se deteriora sin culpa del deudor, la pérdida o menoscabo es de cuenta del acreedor."

La solución legal puede estimarse justa si se recuerda que el adquirente es quien se ve favorecido por las mejoras fortuitas del bien. El legislador siguió el principio *cujus periculum, ejus et commodum esse debet* —quien soporta el peligro debe percibir las ventajas—.

b) OBLIGACIONES DE DAR SUJETAS A CONDICIÓN RESOLUTORIA

El problema de los riesgos también se presenta en las obligaciones de dar sujetas a condición resolutoria.

Por ejemplo, supóngase que dos personas celebran un contrato de compraventa y sujetan todos y cada uno de sus efectos a condición resolutoria. Piénsese que el vendedor entregó el bien y el comprador pagó el precio y que antes de cumplida la condición aquél se pierde por caso fortuito o fuerza mayor. Si la condición se cumple ¿quién sufrirá la pérdida? Si decimos que el enajenante entonces deberá devolver el precio, si decimos que el adquirente no podrá reclamar su restitución.

La legislación vigente no dedica una disposición al problema planteado. Borja Soriano opina que debe aplicarse por analogía lo previsto para las obligaciones sujetas a condición suspensiva.[25] Rojina Villegas considera que la pérdida debe sufrirla el enajenante, partiendo de lo previsto por el artículo 2017 anteriormente estudiado y del efecto retroactivo de la condición.[26]

Por nuestra parte coincidimos con Rojina Villegas. La regla *res perit domino* (artículo 2017 f. V) conjugada con el efecto retroactivo de la condición (artículos 1941 y 1942) arrojan que el riesgo deba ser asumido por el enajenante, quien deberá devolver la contraprestación al adquirente. Esta solución es aplicable tanto a los casos de pérdida como a los de deterioro del bien enajenado.

E. TEORÍA DE LOS RIESGOS EN LAS OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

En el Capítulo sobre las obligaciones conjuntivas y alternativas el Código Civil regula diversas hipótesis en que el deudor de una de las segundas no puede cumplir todas o alguna de las conductas que potencialmente constituyen su objeto.

Las normas respectivas pueden dividirse en tres grupos: las que tratan hipótesis de responsabilidad civil (artículos 1966, 1967, 1969, 1971, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977, 1979, 1981 y 1982) las que versan sobre la imposibilidad fortuita de cumplimiento de *alguno* de los objetos potenciales (artículos 1966, 1970 y 1980) y las que prevén la imposibilidad fortuita de cumplimiento de *todos*. Solo las últimas regulan un problema de teoría de los riesgos.

Debe responderse qué sucede si el deudor se ve impedido a pagar *todos* los objetos que constituían el objeto potencial de su obligación por caso fortuito o fuerza mayor. Su responsabilidad civil quedará excluida, pero ¿podrá exigir la obligación de su contraparte?

El Código Civil distingue innecesariamente entre si la facultad de elección correspondía al deudor o al acreedor. En el primer supuesto aplica lo siguiente:

> ART. 1968.—Si las dos cosas se han perdido por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligación.

El artículo citado establece que, ante la pérdida de las dos "cosas" por caso fortuito: "el deudor queda libre de la obligación". Una vez más el legislador excluyó la responsabilidad del obligado sin resolver el problema de los riesgos: ¿la contraparte deberá cumplir con lo que se obligó?

Una mejor regulación se desprende de la siguiente norma, aplicable cuando correspondía al acreedor el derecho de elección:

> ART. 1972.—Si ambas cosas se perdieren sin culpa del deudor, se hará la distinción siguiente:
>
> I. Si se hubiere hecho ya la elección o designación de la cosa, la pérdida será por cuenta del acreedor;
>
> II. Si la elección no se hubiere hecho, quedará el contrato sin efecto.

El numeral citado resuelve daramente el problema de los riesgos. Distingue con acierto dos momentos: que la imposibilidad de cumplimiento ocurra después del ejercicio del derecho de elección o que acontezca antes. En el primer caso la pérdida "será por cuenta del acreedor", en el segundo "quedará el contrato sin efecto".

Por ejemplo, supóngase que una persona se obliga a entregar en propiedad un reloj o un teléfono a cambio de diez mil pesos. Piénsese que ambos se pierden por caso fortuito o fuerza mayor. El artículo 1972 establece que si la pérdida ocurrió después de que se eligió el bien con que debía cumplirse la obligación, el acreedor —en este caso, el adquirente— la sufrirá, por lo que deberá pagar el precio. Si ocurrió antes "quedará sin efecto el contrato", lo que significa que el deudor —en este caso, el enajenante— sufrirá la pérdida y no podrá reclamar el precio.

La solución del legislador es congruente con el principio *res perit domino*. Si la elección ya había sido efectuada la propiedad de lo enajenado ingresó al pa-

[25] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 508.

[26] ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, pp. 378 y 379.

trimonio del adquirente, por lo que el riesgo será por cuenta suya. Por el contrario, si la elección no había tenido lugar la propiedad permanecía en el patrimonio del enajenante, por lo que él sufrirá la pérdida.

Concluimos que el artículo 1972 es el que resuelve el problema de los riesgos en las obligaciones alternativas, con independencia de a quién correspondía el derecho de elección.

Capítulo Quincuagésimo

ACTOS CELEBRADOS EN FRAUDE DE ACREEDORES

I. INTRODUCCIÓN

Los deudores pueden intentar burlar el principio general de responsabilidad patrimonial[1] desprendiéndose de activos que les permitan hacer frente a sus obligaciones. La Ley protege a los acreedores concediéndoles la acción Pauliana, que los autoriza a demandar la ineficacia de los actos que den como resultado la insolvencia del deudor.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

Se debe a Justiniano[2] la creación de una acción "revocatoria" única[3] que podían ejercer los acreedores interesados en dejar sin efectos los actos fraudulentos de su deudor. Esta acción fue conocida con el nombre de "Pauliana".

B. Código Napoleón

Destinó un solo artículo a la regulación de los actos celebrados en fraude de acreedores, ubicado dentro de una Sección intitulada "Del efecto de los pactos con respecto a un tercero" (artículo 1167).

C. Código Civil de 1884

Previó un Capítulo intitulado "De los contratos celebrados en fraude de los acreedores". El legislador de 1884, a diferencia de su antecesor francés, sí estableció una extensa regulación de los actos celebrados en fraude de acreedores.

---

[1] "Art. 2964.—El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables."

[2] García Garrido, *op. cit.*, p. 255.

[3] D'Ors, *op. cit.*, p. 179.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

No previó disposición alguna sobre los actos celebrados en fraude de acreedores, ya que fueron objeto de una Ley especial.[4]

III. CONCEPTO DE ACTO CELEBRADO EN FRAUDE DE ACREEDORES

El concepto de acto celebrado en fraude de acreedores se desprende del siguiente dispositivo:

> Art. 2163.—Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor, pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos.

Del artículo trascrito pueden obtenerse tres notas *esenciales* del acto celebrado en fraude de acreedores: es un acto jurídico, produce la insolvencia del deudor y perjudica a sus acreedores presentes (en contraposición a los futuros). La anulabilidad a que se refiere el citado numeral es un elemento *accidental* que no debe formar parte de la definición.

Desde el punto de vista doctrinal el acto celebrado en fraude de acreedores es el que goza de realidad jurídica y produce o acrecienta la insolvencia del deudor en perjuicio de sus acreedores presentes.

A continuación desglosaremos el contenido de la definición propuesta.

- Acto

El acto celebrado en fraude de acreedores es, valga la redundancia, un acto jurídico. Lo anterior implica que los hechos jurídicos en sentido estricto están fuera del alcance de la acción Pauliana.

- Realidad jurídica

El acto fraudulento debe gozar de realidad jurídica, debe haber sido *efectivamente celebrado*.

No son combatibles a través de la acción Pauliana los actos "simulados" a través de los cuales el deudor pretenda perjudicar a sus acreedores. En contra de éstos puede ejercerse la acción de simulación, que estudiaremos en el capítulo siguiente.

---

[4] Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 1, *op. cit.*, p. 376.

- Produzca o acreciente la insolvencia del deudor

No cualquier acto perjudicial para los acreedores debe ser considerado "celebrado en fraude" de ellos, al menos no para efectos del ejercicio de la acción Pauliana. Solo reciben este calificativo los que causan un perjuicio específico: producen o aumentan la insolvencia del deudor.

Por ejemplo, supóngase que Luis vende un reloj a Juan. Piénsese que para "perjudicar" al comprador Luis "vende" nuevamente el reloj a un tercero, al cual le transmite su posesión. Si Juan no logra acreditar la prioridad de su adquisición prevalecerá la segunda compraventa.[5] Ésta pudiera considerarse un "acto celebrado en fraude de acreedores", de atender al sentido semántico de la expresión, sin embargo, en el plano jurídico no lo es ya que no produjo ni acrecentó la insolvencia del vendedor.

- Acreedores presentes

El acto celebrado en fraude de acreedores debe perjudicar a los titulares de derechos existentes al momento de producirse la insolvencia.

IV. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN PAULIANA

La acción Pauliana debe satisfacer cuatro requisitos de procedencia:

1. Celebración u otorgamiento por parte del deudor de un acto jurídico real;
2. Que el acto cause o incremente su insolvencia;
3. Que el acreedor sea titular de un crédito anterior al acto; y
4. Que tratándose de actos onerosos, las partes los hayan celebrado de mala fe.

Procederemos a desarrollar cada uno de los requisitos enunciados.

A. Celebración u otorgamiento por parte del deudor de un acto jurídico real

Para que pueda ejercerse la acción Pauliana es necesario que el deudor haya celebrado u otorgado un acto jurídico real.

---

[5] "Art. 2264.—Si una misma cosa fuere vendida por el mismo vendedor a diversas personas, se observará lo siguiente."

"Art. 2265.—Si la cosa vendida fuere mueble, prevalecerá la venta primera en fecha; si no fuere posible verificar la prioridad de ésta, prevalecerá la hecha al que se halle en posesión de la cosa."

B. Que el acto cause o incremente la insolvencia del deudor

El segundo requisito de procedencia de la acción Pauliana consiste en que el acto celebrado produzca o incremente la insolvencia del deudor.

a) CONCEPTO DE INSOLVENCIA

El Código Civil define la insolvencia como sigue:

> ART. 2166.—Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas...

Conforme al numeral anotado la insolvencia es la situación jurídica en que se encuentra la persona cuyos "bienes y créditos, estimados en su justo precio, no igualan el importe de sus deudas".

Para que una persona sea insolvente el valor de sus activos debe ser *inferior* al de sus pasivos. Si es *igual* o *mayor* será solvente.

b) PRUEBA DE LA INSOLVENCIA

El Código Civil regula la prueba de la insolvencia del deudor en el siguiente numeral:

> ART. 2178.—Si el acreedor que pide la nulidad, para acreditar la insolvencia del deudor, prueba que el monto de las deudas de éste excede al de sus bienes conocidos, le impone al deudor la obligación de acreditar que tiene bienes suficientes para cubrir esas deudas.

Conforme a la norma trascrita pareciera que el acreedor es quien debe probar la insolvencia del deudor y solo si acredita que el monto de sus obligaciones excede el de "sus bienes conocidos" le transferirá la carga de probar que "tiene bienes suficientes para cubrir esas deudas".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ofreció una interpretación distinta: resolvió que el acreedor solo debe probar la existencia de los pasivos del deudor, mientras que a éste corresponde acreditar que tiene activos suficientes para responder de ellos.[6]

[6] Tesis de rubro: "ACCIÓN PAULIANA. CORRESPONDE AL DEMANDADO DEMOSTRAR QUE CUENTA CON BIENES SUFICIENTES PARA RESPONDER DE SUS DEUDAS, A FIN DE QUE SE DESESTIME LA PRETENSIÓN DEL ACTOR (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)", Registro No. 160623, Localización: Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Libro III, diciembre de 2011, Tomo 3, Página: 2153, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

Estimamos correcto el criterio del Alto Tribunal, ya que exime al acreedor de una carga difícil de cumplir —dada la indisponibilidad de la información respectiva— y la impone al deudor por poder satisfacerla con mayor facilidad.

C. Existencia de un crédito anterior al acto

El tercer requisito de procedencia de la acción Pauliana es que el acreedor sea titular de un crédito *anterior* a la celebración del acto fraudulento.

a) CRÉDITOS SUJETOS A TÉRMINO O A CONDICIÓN

La Doctrina se pregunta si los titulares de créditos sujetos a término suspensivo o a condición suspensiva pueden ejercer la acción Pauliana, asumiendo que el negocio que les haya dado origen sea anterior al acto fraudulento. Con relación a los primeros generalmente se asume una posición favorable, mientras que respecto de los segundos suele adoptarse el criterio opuesto.

Opinamos que los titulares de créditos sujetos a término suspensivo sí pueden ejercer la acción Pauliana. Partimos de dos argumentos: el primero, que el artículo 2163 solo ordena que el crédito sea anterior al acto fraudulento, más no que sea exigible; y, el segundo, que la insolvencia es causa de vencimiento anticipado del término,[7] por lo que una vez ocurrida el acreedor ya no lo sería de un crédito sujeto a término suspensivo, sino de uno puro y simple.

Los créditos sujetos a condición suspensiva presentan una complicación distinta, ya que de acuerdo con nuestro criterio,[8] no nacen mientras ésta no se cumpla. Consecuentemente, sus titulares se verían impedidos para ejercer la acción Pauliana. Sin embargo, la procedencia de esta acción puede fundamentarse en el siguiente numeral:

> ART. 1942.—En tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad.
>
> El acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho.

[7] "ART. 1959.—Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

I. Cuando después de contraída la obligación, resultare insolvente, salvo que garantice la deuda;..."

[8] Véase capítulo vigésimo quinto.

El primer párrafo de la disposición trascrita ordena al deudor omitir cualquier "acto" que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad, en tanto que el segundo faculta al acreedor a llevar a cabo, antes de que la condición se cumpla, "todos los actos conservatorios de su derecho". El segundo párrafo es el que permitiría, a nuestro juicio, fundamentar que los acreedores de créditos condicionales pueden ejercer la acción Pauliana, ya que constituiría un "acto conservatorio" de su derecho *eventual*.[9] Esta interpretación no es unánimemente aceptada en la Doctrina.[10]

b) ACREEDORES INMINENTES

La Ley excluye del ejercicio de la acción Pauliana a los acreedores cuyos créditos surgieron con posterioridad al acto fraudulento. Pero ¿con cuánta rigidez debemos interpretar esta limitante? La pregunta adquiere mayor relevancia en tratándose de acreedores inminentes:

Por ejemplo, supóngase que Juan se obligó con Pedro a celebrar un contrato de mutuo en virtud del cual el primero habría de prestar al segundo un millón de pesos. Piénsese que un día antes de la celebración del negocio Pedro dona la totalidad de sus activos e incurre en insolvencia. Si las partes celebran el mutuo y Juan entrega a Pedro el millón de pesos ¿podrá aquél ejercer la acción Pauliana para revertir los efectos de la donación? De atender a la literalidad del artículo 2163 concluiríamos que no, ya que su derecho a la restitución del dinero prestado nació *con posterioridad* al acto fraudulento. Sin embargo, diversos autores y órganos jurisdiccionales se han pronunciado a favor de tutelar a los acreedores inminentes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis de rubro y texto siguiente:

VENTA EN FRAUDE DE ACREEDORES, ACCION EN CASO DE.—La teoría más generalizada estima que para impugnar un acto como fraudulento, no precisa ser acreedor con título cierto y definitivo, pues basta que el promovente demuestre su carácter de acreedor por cualquier medio de prueba, así como la anterioridad del crédito impugnado; los términos del artículo 2112 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales demuestran que el acreedor cuyo crédito aún se encuentra en litigio, puede demandar la nulidad de la enajenación fraudulenta ejecutada por su deudor, pues si la sentencia tiene por objeto declarar la existencia del crédito, su efecto se retrotrae hasta el momento en que tuvo su origen. *A mayor abundamiento la doctrina acepta como excepción a la regla general, que no es necesario que el crédito sea anterior cuando el acto fraudulento se haya realizado para afectar los derechos de acreedores inminentes.*[11]

Por nuestra parte estimamos que la necesidad de plantear una excepción a lo previsto por el artículo 2163, encaminada a proteger a los acreedores inminentes, solo surge si el deudor obró de buena fe, ya que si actuó de mala fe podrán demandar la nulidad del acto fraudulento por ilicitud en el objeto, motivo o fin.[12] En lo referente a los actos celebrados de buena fe, consideramos que la acción Pauliana será procedente si fueron otorgados a título gratuito.

Concluimos que el artículo 2163 debería reformarse a fin de incluir los créditos inminentes, dejando a criterio del Juez resolver cuáles tienen ese carácter.

D. MALA FE

El cuarto requisito de procedencia de la acción Pauliana es la mala fe de quienes celebraron el acto fraudulento.

a) CONCEPTO DE MALA FE

El Código Civil prevé el siguiente concepto de mala fe para efectos del ejercicio de la acción Pauliana:

> ART. 2166.—Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. *La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit.*

Conforme al artículo anotado la mala fe consiste en el conocimiento del déficit, es decir, en el conocimiento de la insolvencia del deudor.

b) ACTOS RESPECTO DE LOS QUE SE EXIGE LA MALA FE

No todos los actos deben celebrarse de mala fe para que sea procedente la acción Pauliana. La Ley solo exige este requisito respecto de los celebrados a título oneroso:

> ART. 2164.—Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él.

---

[9] En sentido similar MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 285.

[10] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 534.

[11] Registro No. 341921, Localización: Quinta Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXIV, Página: 79, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[12] "ART. 1795.—El contrato puede ser invalidado:...
III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;..."

La norma trascrita establece que, tratándose de actos onerosos, la "nulidad" solo puede tener lugar si hubo mala fe *tanto del deudor como del tercero que contrató con él.* Por el contrario, tratándose de actos gratuitos la buena o mala fe de las partes es intrascendente para la procedencia de la acción:

> ART. 2165.—Si el acto fuere gratuito, tendrá lugar la nulidad aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contratantes.

c) PRESUNCIONES DE MALA FE

Acreditar la mala fe de quienes celebraron el acto fraudulento es sin duda el mayor reto a que se enfrentan quienes ejercen la acción Pauliana.[13] Para facilitar la demostración de este elemento el legislador y los órganos jurisdiccionales han admitido pruebas indirectas o presunciones.[14]

Las presunciones que permiten acreditar la mala fe de ambas o de alguna de las partes emanan tanto de la Ley como de resoluciones judiciales.

1. *Presunciones legales*

El Código Civil establece la siguiente presunción de fraudulencia:

> ART. 2179.—Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquiera instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores.

El artículo citado permite inferir la fraudulencia de las enajenaciones efectuadas a título oneroso por dos clases de personas: las que hayan sido condenadas en el pasado por una sentencia emitida en cualquier instancia y aquellas en contra de las cuales se haya expedido mandamiento de embargo.

Esta presunción se funda en la actitud desafiante y antijurídica que el deudor mostró en el pasado. Cabe preguntar si solo permite dar por acreditada la mala fe del obligado o también la de quien contrató con él.

Por ejemplo, supóngase que el propietario de un inmueble valuado en cinco millones de pesos incurre en insolvencia tras venderlo en un millón. Piénsese que dos años antes de la celebración del acto el vendedor fue condenado

---

13 ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 439.

14 Tesis de rubro: "ACCIÓN PAULIANA, MALA FE EN LA.—La mala fe del tercero que contrata con el deudor, es el elemento más difícil de probar en la acción pauliana o revocatoria, y generalmente no se demuestra sino a través de pruebas indirectas o de presunciones", Registro No. 340890, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXX, Página: 279, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

por sentencia ejecutoriada en un juicio cualquiera. Conforme al artículo 2179 la compraventa debe presumirse fraudulenta, sin embargo, ¿debemos entender que los acreedores quedarán relevados de probar la mala fe de ambas partes o solo la del vendedor? De admitir lo primero la presunción resultaría muy útil, pero habría que cuestionar su justicia para con el comprador. De asumir lo segundo proveería escaso provecho.

Los Tribunales se han pronunciado unánimemente en favor de la segunda interpretación.[15]

2. *Presunciones judiciales*

Los órganos jurisdiccionales han llegado a inferir la mala fe del deudor y del tercero que contrató con él a partir de otros hechos conocidos, como el parentesco habido entre ellos o la precipitación con que contrataron. Así lo expresó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de rubro: "FRAUDE DE ACREEDORES, ENAJENACIONES EN".[16]

De los hechos enunciados nos parece determinante el primero: el parentesco o situación de pareja habida entre las partes. Proponemos que el Código Civil sea reformado a fin de incluir una disposición que haga presumir la fraudulencia de las operaciones realizadas entre quienes guarden uno u otro estatus.[17]

d) Sub-adquirentes

La Doctrina suele dedicar un apartado especial a los sub-adquirentes, es decir, a los segundos o ulteriores receptores de los bienes que fueron objeto del acto fraudulento. A nuestro juicio su situación debe estudiarse dentro de los requisitos de procedencia de la acción Pauliana, ya que lo importante con relación a ellos es determinar si puede o no ejercerse en su contra.

Partamos del siguiente ejemplo: supóngase que Juan incurre en insolvencia tras vender a Luis, en cien mil pesos, una obra artística valuada en un millón. Posteriormente Luis vende la obra a Ramón. ¿Podrá ejercerse la acción Pauliana contra el último?

---

15 Tesis de rubro: "ACCIÓN PAULIANA. PRESUNCIÓN DE FRAUDE INOPERANTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)", Registro No. 193654, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, X, julio de 1999, Página: 831, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

16 Registro No. 339186, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXXIX, Página: 336, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

17 La Ley de Concursos Mercantiles establece esta presunción e incluso la extiende a las personas morales respecto de las que el deudor tenga una participación o interés específicos (artículo 116).

La doctrina dominante señala que esta acción solo puede enderezarse contra los sub-adquirentes si se satisfacen dos requisitos: 1) Que haya podido ser ejercida contra el causahabiente original (en nuestro ejemplo, Luis), ya sea porque hubiere adquirido a título gratuito o porque lo hubiere hecho a título oneroso y actuado de mala fe; y 2) Que el sub-adquirente (en nuestro ejemplo, Ramón) lo sea a título gratuito o lo sea a título oneroso y hubiere actuado de mala fe.[18]

La opinión indicada no se ajusta del todo a lo prescrito por el Código Civil, a pesar de su amplia aceptación en la Doctrina:

> ART. 2167.—La acción concedida al acreedor, en los artículos anteriores, contra el primer adquirente, no procede contra tercer poseedor, sino cuando éste ha adquirido de mala fe.

Conforme al numeral anotado la acción Pauliana solo puede ejercerse contra el sub-adquirente si obró de mala fe, con independencia de si adquirió a título gratuito u oneroso. Bejarano Sánchez —quien sigue el criterio dominante— hace ver lo desafortunada de esta disposición:

"El art. 2167 vierte impropiamente los principios anteriores —afirma—, reconocidos por una doctrina unánime, al exigir en forma indiscriminada que el subadquirente sea de mala fe. En estricta técnica, aun el subadquirente de buena fe es vulnerable a los efectos de la acción *si obtuvo a título gratuito*".[19]

Coincidimos con el autor citado y proponemos que el artículo 2167 sea reformado para acoger con claridad el criterio dominante.

V. ACTOS CONTRA LOS QUE PUEDE EJERCERSE LA ACCIÓN PAULIANA

El Código Civil destina algunos artículos a enunciar los actos contra los que puede ejercerse la acción Pauliana. A continuación analizaremos cada uno y concluiremos con algunas reflexiones sobre su necesidad.

A. ENAJENACIÓN DE BIENES Y RENUNCIA DE DERECHOS

El primer grupo de actos que puede combatirse a través de la acción Pauliana se conforma por los que tienen por objeto la enajenación de bienes o la renuncia de derechos:

[18] En este sentido PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 655; BONNECASE, *op. cit.* p. 725; CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 288 y GAUDEMET, *op. cit.*, p. 438.

[19] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 333. Por su parte, ROJINA VILLEGAS se pronuncia por la prevalencia del texto legal y concluye que el sub-adquirente siempre debe obrar con mala fe para que la acción Pauliana sea procedente en su contra. ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, pp. 448 y 449.

> ART. 2170.—La nulidad puede tener lugar, tanto en los actos en que el deudor enajena los bienes que efectivamente posee, como en aquellos en que renuncia derechos constituidos a su favor y cuyo goce no fuere exclusivamente personal.

El artículo trascrito alude a "los actos en que el deudor enajena los bienes que efectivamente posee" y a la "renuncia (de) derechos constituidos a su favor y cuyo goce no fuere exclusivamente personal".

En lo referente a los actos de enajenación es criticable que la Ley los limite a los que tengan por objeto bienes que el deudor "efectivamente posea", ya que la acción Pauliana debería ser procedente con independencia de si ejercía o no un poder de hecho sobre ellos. Probablemente el legislador quiso referirse a los *activos* que *efectivamente integraban el patrimonio del deudor.*

Por lo que respecta a la renuncia de derechos, el Código Civil exige que su goce "no fuere exclusivamente personal". La regla es correcta, pero innecesaria, ya que los derechos personalísimos no están sujetos al principio general de responsabilidad patrimonial, por lo que su renuncia no perjudica a los acreedores.

B. RENUNCIA DE FACULTADES POR CUYO EJERCICIO PUDIERE MEJORAR LA FORTUNA DEL DEUDOR

La renuncia de facultades por cuyo ejercicio pudiera mejorar la fortuna del deudor es otro de los actos que puede ser atacado por medio de la acción Pauliana:

> ART. 2171.—Si el deudor no hubiere renunciado derechos irrevocablemente adquiridos, sino facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar esa renuncia y usar de las facultades renunciadas.

El numeral citado confiere a los acreedores dos derechos: el de "hacer revocar" la renuncia y el de "usar de las facultades renunciadas". El primero corresponde al ejercicio de la acción Pauliana, el segundo al de la oblicua, que estudiaremos en capítulos siguientes.

El acto más representativo de los que prevé el artículo 2171 es el repudio de herencias y legados: de aceptarlos el deudor incrementaría su activo y haría frente a sus obligaciones; de rechazarlos —se afirma— mantendría el déficit que perjudica a sus acreedores.

Otra facultad cuya renuncia puede ser impugnada conforme al artículo 2171 es la de aceptar o rechazar una donación pura y simple: de aceptarla el deudor

se allegaría de bienes que mejorarían el estado de su fortuna; de rechazarla —se sostiene— conservaría su estatus patrimonial.[20]

En nuestra opinión el artículo 2171 es innecesario, ya que parte de una premisa equivocada: que el deudor que renuncia a una de estas facultades evita enriquecerse, pero no se empobrece. En realidad sí se empobrece, ya que la extinción de esas facultades no solo evita su enriquecimiento, sino que también ocasiona la disminución de su activo.

C. Pago por el deudor insolvente antes del vencimiento del plazo

Los acreedores pueden demandar la ineficacia de los pagos anticipados efectuados por el deudor insolvente:

> Art. 2172.—Es también anulable el pago hecho por el deudor insolvente, antes del vencimiento del plazo.

El artículo trascrito busca proteger a los acreedores que no recibieron el pago anticipado de su crédito. Sin embargo, es discutible que se trate de una hipótesis de acto celebrado en fraude de acreedores.

Partamos del siguiente ejemplo: supóngase que los activos de una persona ascienden a cien mil pesos y sus pasivos a doscientos mil. En total padece un déficit de cien mil pesos. Si paga una deuda de cincuenta mil pesos su activo disminuirá en esa cantidad, *pero también lo hará su pasivo.* El déficit continuará siendo de cien mil pesos.

Para que haya acto celebrado en fraude de acreedores, conforme al artículo 2163, es necesario que se produzca o se incremente la insolvencia del deudor, lo que no ocurre con claridad en el supuesto planteado. Sin embargo, es innegable que los acreedores distintos del que recibió el pago podrán combatirlo, ya que habrá menos dinero para repartir entre ellos.

En nuestra opinión el artículo 2172 debería remitirse al Título relativo a la concurrencia y prelación de créditos.

D. Otorgamiento de preferencia indebida a un crédito

El Código Civil establece que son anulables los actos celebrados antes de la declaración de concurso mediante los que se otorgue una preferencia indebida a un crédito:

[20] Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 651.

> Art. 2173.—Es anulable todo acto o contrato celebrado en los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso, y que tuviere por objeto dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene.

Respecto a si la norma trascrita prevé una hipótesis de acto celebrado en fraude de acreedores remitimos a lo comentado en el apartado que antecede.

E. Corolario

Los artículos comentados en este apartado deberían derogarse o reubicarse.

Las disposiciones relativas a la enajenación de bienes, a la renuncia de derechos y a la de facultades por cuyo ejercicio pueda mejorar la fortuna del deudor nada agregan al concepto de acto celebrado en fraude de acreedores, por lo que deberían derogarse.

Las normas sobre pago anticipado de créditos y otorgamiento de preferencias indebidas deberían remitirse al Título sobre concurrencia y prelación de créditos.

VI. Consecuencias del ejercicio de la acción pauliana

El ejercicio de la acción Pauliana tiene como consecuencia que se declare la ineficacia del acto fraudulento y que el deudor sea restituido a la situación patrimonial que guardaba antes de su celebración.

A. Alcances de la declaración de ineficacia

La ineficacia solo puede declararse en favor de los acreedores que la hayan pedido y hasta por el importe de sus créditos:

> Art. 2175.—La nulidad de los actos del deudor sólo será pronunciada en interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos.

La *ratio iuris* del alcance limitado de la acción Pauliana ha sido discutida:

Algunos autores y Tribunales franceses lo justificaron en el principio de autoridad relativa de la cosa juzgada,[21] según el cual las sentencias solo surten efectos en contra de los que litigaron y de los terceros llamados legalmente a juicio.[22]

[21] Bonnecase, *op. cit.*, pp. 725 y 726.

[22] Becerra Bautista, *op. cit.*, p. 232.

Otros juristas argumentaron que los acreedores que ejercitan la acción Pauliana actúan en nombre propio y velando por sus propios intereses, por lo que solo a ellos debe aprovecharles. En este sentido se expresó Bonnecase.[23]

B. Restitución material de las prestaciones

Como consecuencia de la declaración de ineficacia deben devolverse al deudor los activos de que se hubiere desprendido fraudulentamente:

> Art. 2168.—Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que los adquirió de mala fe, con todos sus frutos.

La norma trascrita es criticable cuando menos por dos razones: la primera, porque alude a la "enajenación de propiedades", siendo que la acción Pauliana también es procedente si se transmiten derechos distintos de la propiedad; la segunda, porque solo sujeta a restituir a quien "adquirió de mala fe", siendo que el adquirente de buena fe también puede ser obligado a ello si adquirió a título gratuito.

La restitución puede tornarse imposible si los bienes se perdieron o pasaron a manos de un sub-adquirente de buena fe. En estos casos será aplicable lo siguiente:

> Art. 2169.—El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe, o cuando se hubiere perdido.

La norma citada obliga al adquirente *de mala fe* a indemnizar, no así al de buena fe.

C. Extinción de la preferencia

La ineficacia del acto que hubiere concedido una preferencia indebida a un crédito solo ocasiona la pérdida de la preferencia:

> Art. 2177.—El fraude, que consiste únicamente en la preferencia indebida a favor de un acreedor, no importa la pérdida del derecho, sino la de la preferencia.

Respecto a si el numeral citado prevé una hipótesis de acto celebrado en fraude de acreedores remitimos a lo comentado al tratar los actos contra los que puede ejercerse la acción Pauliana.

[23] Bonnecase, *op. cit.*, p. 726.

VII. Cesación de la acción Pauliana

Los efectos de la acción Pauliana pueden hacerse cesar por el deudor o por el tercero que contrató con él.

A. Cesación por obra del deudor

El deudor puede hacer cesar los efectos de la acción Pauliana si paga a los acreedores que la ejercieron u obtiene bienes que le permitan hacerlo:

> Art. 2174.—La acción de nulidad mencionada en el artículo 2163 cesará luego que el deudor satisfaga su deuda o adquiera bienes con qué poder cubrirla.

La disposición trascrita es innecesaria, ya que al haber sido satisfecho el crédito del demandante o al haberse allegado el deudor de recursos para pagarlo dejan de cumplirse los requisitos de procedencia de la acción Pauliana.

B. Cesación por obra del tercero

El tercero que contrató con el deudor insolvente puede hacer cesar los efectos de la acción Pauliana conforme a lo siguiente:

> Art. 2176.—El tercero a quien hubiesen pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado, o dando garantía suficiente sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos.

La norma anotada prevé dos maneras en que el tercero puede paralizar el curso de la acción Pauliana: pagando el crédito de los demandantes o prestando garantía de él. La primera hipótesis es innecesaria ya que, como dijimos, al satisfacerse la pretensión de los acreedores deja de cumplirse uno de los requisitos de procedencia de la acción. Por lo que respecta a la garantía, será el juzgador quien califique la suficiencia que ordena el artículo 2176.

VIII. Naturaleza jurídica de la acción Pauliana

La naturaleza jurídica de la acción Pauliana es el aspecto más controvertido de esta figura. Desarrollaremos los diversos puntos de vista distinguiendo entre la perspectiva legal, la judicial y la doctrinal.

A. Perspectiva legal

El Código Civil no asumió una postura definida sobre la naturaleza jurídica de la acción Pauliana. Sus disposiciones oscilan entre considerarla una acción de *nulidad* o una de *revocación*.

Los artículos 2163, 2164, 2165, 2170, 2172, 2173, 2174, 2175 y 2178 la conceptualizan como acción de *nulidad*.

Los artículos 2168 y 2171 la conciben como acción de *revocación*.

De lo expuesto se desprende que, conforme a un criterio estrictamente cuantitativo, el legislador prefirió referirse a la acción Pauliana como acción de *nulidad* que como acción de *revocación*.

B. Perspectiva judicial

En un principio la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguió un camino similar al del Código Civil, refiriéndose a la acción Pauliana como acción revocatoria.[24] Años más tarde, el mismo órgano jurisdiccional concibió la acción Pauliana como acción de nulidad.[25]

C. Perspectiva doctrinal

En nuestra Doctrina tampoco hay unanimidad sobre la naturaleza jurídica de la acción Pauliana. Los criterios dominantes son tres: que es una acción de nulidad, que tiene naturaleza dual y que es una acción de inoponibilidad.

a) Acción de nulidad

De entre los autores que sostienen que la Pauliana es una acción de nulidad destaca Borja Soriano.[26]

b) Naturaleza dual

Gutiérrez y González y Rojina Villegas opinan que la acción Pauliana tiene una naturaleza dual. El primero afirma que puede ser tanto acción de nulidad como acción de revocación.[27] Por su parte, el segundo considera que la Pauliana puede ser tanto acción de nulidad como de rescisión.[28]

[24] Tesis de rubro: "Acción pauliana, objeto de la", Registro No. 353768, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, LXVIII, Página: 1076, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[25] Tesis de rubro: "Acción pauliana, naturaleza de la", Registro No. 341725, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXVII, Página: 1647, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[26] *Cfr.* Borja Soriano, *op. cit.*, p. 546.

c) Acción de inoponibilidad

Un tercer sector asevera que la naturaleza de la acción Pauliana corresponde a la de una acción de inoponibilidad. Entre los partidarios de este criterio puede citarse a De la Peza Muñoz Cano.[29]

d) Opinión personal

Por nuestra parte estimamos correcto el criterio del maestro Borja Soriano y opinamos junto con él que la Pauliana es una acción de nulidad.

Los actos celebrados en fraude de acreedores siempre son ilícitos —y por consecuencia, anulables— con independencia de la buena o mala fe de las partes, ya que en todos los casos producen un resultado antijurídico: la insolvencia o el incremento de la insolvencia del deudor. Si las partes actúan de buena fe la ilicitud radicará en el objeto del acto.[30] Si lo hacen de mala fe se extenderá al motivo determinante de su voluntad.[31]

[27] *Cfr.* Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 1231 y 1232.

[28] Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, pp. 442 y 443.

[29] De la Peza Muñoz Cano, *op. cit.*, pp. 118 y 119. En sentido similar se expresan Bejarano Sánchez, *op. cit.*, pp. 335 y 336, y Martínez Alfaro, *op. cit.*, pp. 282 y 283.

[30] "Art. 1827.—El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

...

II. Lícito."

[31] Art. 1795.—El contrato puede ser invalidado:

...

III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;..."

CAPÍTULO QUINCUAGÉSIMO PRIMERO

SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS

I. INTRODUCCIÓN

En ocasiones los deudores buscan eludir el cumplimiento de sus obligaciones *fingiendo* el otorgamiento o la celebración de actos jurídicos que les permitan aparentar el desprendimiento de activos u otras consecuencias desfavorables a los intereses de sus acreedores. La Ley protege a éstos concediéndoles la acción de simulación.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

A decir de Floris Margadant los juristas posclásicos fueron quienes se ocuparon de la simulación de los actos jurídicos.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

No previó una regulación sistemática y detallada de la simulación de actos jurídicos.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Reguló la simulación de actos jurídicos dentro del Capítulo sobre los contratos celebrados en fraude de acreedores (artículos 1684, 1685 y 1686).

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Utiliza una mayor abstracción y regula tres hipótesis de falta *consciente* de voluntad para la celebración de un negocio jurídico: la falta de seriedad de quien

[1] *Cfr.* FLORIS MARGADANT, *op. cit.*, pp. 349 y 350.

emite una declaración (parágrafo 118), la simulación del negocio jurídico (parágrafo 117) y la reserva mental (parágrafo 116).[2]

III. CONCEPTO DE SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS

El Código Civil define al acto jurídico simulado como sigue:

> ART. 2180.—Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.

Partiendo de la disposición trascrita definimos *la simulación* como la emisión de declaraciones encaminadas a celebrar un acto jurídico, que conscientemente no son conformes con la intención real de quienes las efectúan.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Emisión de declaraciones

En toda simulación hay declaraciones que no coinciden con lo que se desea.[3]

- Encaminadas a celebrar un acto jurídico

Para que haya simulación es necesario que las declaraciones se encaminen, en apariencia, a celebrar un acto jurídico.

No hay simulación si lo que se pretende es aparentar un hecho material o uno jurídico en sentido estricto.

Por ejemplo, quien finge su muerte para que sus familiares puedan cobrar un seguro de vida no lleva a cabo una simulación de actos jurídicos. En este supuesto se comete un ilícito, pero no se actualiza la simulación de actos jurídicos.

- Conscientemente no conformes con la intención real de quienes las efectúan

Las declaraciones no deben ser conformes con la intención real de sus emisores: deben manifestar algo, *pero querer otra cosa*. La falta de conformidad debe ser *consciente*, es decir, los involucrados deben tener conocimiento de ella.

Por ejemplo, puede suceder que dos personas manifiesten que han otorgado una compraventa, cuando no han querido celebrar contrato alguno; o bien, pueden declarar que han otorgado ese contrato, cuando en realidad quisieron llevar a cabo una donación.

[2] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 1, *op. cit.*, p. 178.

[3] *Cfr.* FERRARA, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 43.

El grado de disconformidad entre lo declarado y lo querido permite distinguir entre la simulación absoluta y la relativa, tema del que nos ocuparemos más adelante.

IV. ELEMENTOS DE LA SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS

Siguiendo a Ferrara[4] distinguiremos tres elementos de la simulación de actos jurídicos:

1. Una declaración deliberadamente disconforme con la intención;
2. Concertada por acuerdo entre las partes; y
3. Con el propósito de engañar a terceros.

A. DECLARACIÓN DELIBERADAMENTE DISCONFORME CON LA INTENCIÓN

El primer elemento de la simulación de actos jurídicos es una declaración *deliberadamente* disconforme con la intención de quien la emite. Es decir, *conscientemente* no debe haber correspondencia entre lo manifestado y lo querido.[5]

La falta de conformidad entre lo declarado y lo deseado debe ser *deliberada* —en oposición a *inconsciente*—, de lo contrario estaremos frente a la figura del error.[6]

Por ejemplo, si una persona deseaba vender *sin percatarse* de que manifestó querer donar habrá error obstáculo y no simulación.

B. CONCERTADA POR ACUERDO ENTRE LAS PARTES

La desigualdad entre lo manifestado y lo deseado debe provenir del acuerdo entre las partes. Ambas deben estar al tanto de ella.[7]

Si solo uno de los "contratantes" emite una declaración *conscientemente* disconforme con su intención habrá *reserva mental* y no simulación. Por ejemplo, piénsese que una persona manifiesta querer comprar cuando interna y conscientemente deseaba no hacerlo.

[4] FERRARA, *op. cit.*, p. 44.

[5] *Cfr. Loc. cit.*

[6] *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, t. 1, v. 2, *op. cit.*, p. 744.

[7] *Cfr.* FERRARA, *op. cit.*, p. 44.

C. Propósito de engañar a terceros

El tercer elemento de la simulación de actos jurídicos es la intención de engañar a terceros. Ésta permite distinguir la simulación de otras figuras como las declaraciones emitidas en broma —*iocandi causa*— o con fines de enseñanza.[8]

V. CLASES DE SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS

Dependiendo del grado de discordancia entre lo declarado y lo querido la simulación podrá ser absoluta o relativa:

> ART. 2181.—La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

La distinción entre uno y otro tipo de simulación fue introducida por el legislador de 1928.

A. Simulación absoluta

a) CONCEPTO

De acuerdo con el artículo 2181 la simulación absoluta es la que se verifica "cuando el acto simulado nada tiene de real". En la simulación absoluta hay una falta *total* de correspondencia entre lo manifestado y lo querido. Las partes no desean ninguna de las consecuencias que debería producir el acto que aparentaron celebrar.[9]

b) TIPOS DE SIMULACIÓN ABSOLUTA

Las diversas hipótesis de simulación absoluta pueden clasificarse en dos categorías, de acuerdo con Ferrara:[10] las que aparentan una disminución de activos y las que fingen un aumento de pasivos.

B. Simulación relativa

a) CONCEPTO

La simulación relativa es la que se actualiza "cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter" (artículo 2181).

[8] *Ibid.*, p. 45.
[9] *Ibid.*, pp. 48 y 49.
[10] *Ibid.*, pp. 174-204.

En la simulación relativa se acorta la distancia entre lo declarado y lo querido. Las partes sí se propusieron celebrar un acto jurídico, pero no el que exteriorizaron frente a terceros.[11]

En esta clase de simulación se aprecian con claridad el acto ostensible y el acto secreto a que aluden los juristas franceses: "Toda simulación —sostienen Planiol y Ripert— supone el concurso de dos convenciones contradictorias, a las que es imposible reconocer efectos acumulativamente respecto a la misma persona. Por ello debe escogerse entre ellas y atenerse al acto ostensible o al acto secreto, suprimiendo uno de los dos".[12]

b) TIPOS DE SIMULACIÓN RELATIVA

Ferrara[13] distingue tres tipos de simulación relativa: la que se da en la naturaleza, en el contenido o en los sujetos del acto jurídico.

1. *Simulación en la naturaleza del acto jurídico*

La simulación en la naturaleza del acto jurídico ocurre cuando las partes exteriorizan un tipo contractual distinto del que celebraron en realidad.

El caso más representativo es la donación disfrazada de compraventa. Los particulares pueden tener diversos motivos para elegir el régimen de la compraventa sobre el de la donación, como evitar la revocación eventual del negocio,[14] su reducción por inoficiosidad,[15] el requisito de escritura pública (tratándose de bienes muebles),[16] dificultar la procedencia de la acción Pauliana[17] y, principalmente, evadir el pago de impuestos.[18]

2. *Simulación en el contenido del acto jurídico*

La simulación en el contenido del acto jurídico se verifica cuando las partes quieren celebrar el acto exteriorizado, pero con efectos distintos de los manifestados.

Por ejemplo, pueden declarar que el precio de la operación es menor al real, a fin de reducir la carga tributaria; que la fecha del contrato es distinta de

[11] *Cfr. Ibid.*, p. 205.
[12] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 873.
[13] FERRARA, *op. cit.*, pp. 238-251.
[14] Artículos 2359 y 2370.
[15] Artículo 2348.
[16] Artículos 2344 y 2163.
[17] Artículo 2165.
[18] Artículo 132 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

la verdadera; que el precio se pagó de contado, cuando en realidad fue en abonos, entre otros.

3. *Simulación en los sujetos del acto jurídico*

El tercer tipo de simulación relativa se actualiza cuando uno o ambos contratantes son sustituidos en apariencia por otra u otras personas. Los sustitutos reciben el nombre de *prestanombres.*

Por ejemplo, un funcionario judicial puede acudir a un prestanombres para adquirir un inmueble que fue objeto de un litigio en el que participó, eludiendo así la prohibición que la Ley establece en este supuesto (artículo 2276).

VI. CONSECUENCIAS DE LA SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS

Desarrollaremos las consecuencias de la simulación de actos jurídicos distinguiendo las que se surten entre los involucrados y las que tienen lugar respecto de terceros.

A. Consecuencias entre los autores de la simulación

a) Consecuencias según la clase de simulación

Las consecuencias de la simulación de actos jurídicos varían dependiendo de si fue absoluta o relativa.

1. *Simulación absoluta*

El Código Civil dispone lo siguiente con relación a la simulación absoluta:

> Art. 2182.—La simulación absoluta no produce efectos jurídicos...

La sanción legal es correcta: para que haya acto debe haber consentimiento. Dado que en la simulación absoluta falta el consentimiento, no puede haber acto.[19]

Las partes no pueden confirmar el acto simulado absolutamente, toda vez que la confirmación presupone un acto existente, pero viciado, y en el caso que nos ocupa no hay acto.[20]

Como consecuencia de la declaración de simulación debe restituirse al titular la tenencia material de los bienes que hubiesen sido objeto del acto aparente:

[19] Ferrara, *op. cit.*, 287.

[20] *Loc. cit.*

> Art. 2184.—Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere...

El artículo trascrito es criticable por dos razones: la primera, porque alude a la *anulación* del acto simulado, ignorando que para que pueda haber nulidad, primero debe haber acto; la segunda, porque ordena la restitución de *derechos*, siendo que en los casos de simulación absoluta éstos nunca abandonaron el patrimonio de su titular.

2. *Simulación relativa*

Las consecuencias de la simulación relativa se encuentran previstas en el siguiente artículo:

> Art. 2182.—...Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.

La norma trascrita ordena la eficacia del acto secreto, a menos que una disposición legal establezca su nulidad.

Para que el acto secreto sea eficaz, de acuerdo con Ferrara, es necesario que satisfaga los elementos esenciales y de validez que le corresponden. Por ejemplo, una donación de bienes muebles disfrazada de compraventa deberá otorgarse en escritura pública (artículo 2344) aunque esta formalidad no se exija para la segunda (artículo 2316).

El acto secreto solo será nulo, dispone el artículo 2182, cuando una Ley así lo declare. No es necesario que una disposición legal expresamente prevea la nulidad del acto secreto *en su calidad de tal*, sino que basta con que su objeto o el motivo o fin de los contratantes sean contrarios a las normas de orden público o a las buenas costumbres.

Por ejemplo, un contrato por el que un abogado se obliga a sobornar a un funcionario público será nulo aunque se exteriorice como prestación de servicios profesionales.

El Código Civil nada dispone con relación al acto aparente. Rojina Villegas da por sentada su nulidad.[21] Borja Soriano se pronuncia por la inexistencia de lo simulado.[22] Nos parece más acertada la opinión de Borja Soriano: lo exteriorizado no debe producir efectos dada la falta de consentimiento.

[21] *Cfr.* Rojina Villegas, v. 2, *op. cit.*, p. 493.

[22] *Cfr.* Borja Soriano, *op. cit.*, p. 562. En sentido similar Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 1241 y 1242.

b) LEGITIMACIÓN PARA EJERCER LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

Ninguna disposición legal faculta a los autores de la simulación a pedir al órgano jurisdiccional que declare que no hubo acto jurídico —simulación absoluta— o que debe prevalecer el secreto —simulación relativa—, por lo que cabe preguntar si gozan de legitimación para ello.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la Sexta Época, resolvió que los autores de la simulación sí se encuentran legitimados para ejercer la acción respectiva.[23]

B. Consecuencias respecto de terceros

a) CONSECUENCIAS SEGÚN LA CLASE DE SIMULACIÓN

1. *Simulación absoluta*

- Regla general —No producción de efectos jurídicos

De acuerdo con el artículo 2182, anteriormente trascrito, la simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Esto es aplicable tanto a las partes como a los terceros involucrados con ellas, salvo por lo que comentaremos más adelante.

La falta de eficacia del acto simulado puede favorecer a algunos terceros y perjudicar a otros.[24]

Por ejemplo, supóngase que Juan simula donar un inmueble a Luis. Si el órgano jurisdiccional resuelve que no hubo donación beneficiará a los acreedores quirografarios de Juan, ya que contarán con más activos embargables; a su vez, perjudicará a los de Luis, ya que restará de su patrimonio el inmueble "donado".

- Excepción —Producción de efectos en favor de terceros adquirentes de buena fe

La regla establecida por el artículo 2182 admite una excepción: el acto simulado produce efectos en favor de terceros adquirentes de buena fe:

> ART. 2184.—Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución.
>
> También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe.

[23] Tesis de rubro: "SIMULACIÓN, NULIDAD POR CAUSA DE", Registro No. 392489, Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995; Tomo IV, Página: 243, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

[24] *Cfr.* PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 874.

La norma trascrita protege a dos tipos de terceros: a los adquirentes de buena fe que obtuvieron a título oneroso un derecho sobre el bien objeto del acto simulado y a los que se hayan visto beneficiados por gravámenes impuestos sobre él. Estas excepciones buscan salvaguardar la seguridad de tráfico:

Por ejemplo, supóngase que Roberto simula vender un automóvil a Pedro. Posteriormente Pedro "vende" el vehículo a Javier. Si los acreedores de Roberto ejercen la acción de simulación se encontrarán con que el automóvil yace en manos de Javier. En principio deberían poder recuperarlo, ya que Pedro carecía de legitimación para disponer de él; sin embargo, el legislador optó por tutelar la apariencia y proteger al tercero de buena fe.

El artículo 2184 excluye los contratos gratuitos, posiblemente porque el legislador consideró que el adquirente a ese título busca obtener un lucro y no evitarse un perjuicio.

2. *Simulación relativa*

La simulación relativa tiene como consecuencia que prevalezca el acto secreto sobre el exteriorizado.

Los terceros deberán atenerse a los efectos del acto secreto, a menos que se trate de adquirentes de buena fe a título oneroso, los cuales gozarán de la protección a que hicimos referencia en el inciso que antecede.

b) LEGITIMACIÓN PARA EJERCER LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN

El Código Civil autoriza expresamente a los terceros a ejercer la acción de simulación:

> ART. 2183.—Pueden pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública.

El numeral anotado concede la acción de simulación a dos entes: a los terceros perjudicados y al Ministerio Público.

1. *Terceros perjudicados*

No cualquier tercero puede ejercer la acción de simulación, sino solo los que acrediten haber sufrido un *perjuicio* a causa de ella.

Los autores de la simulación pueden tener motivos honestos para llevarla a cabo, como evitar disensiones familiares o guardar discreción en sus operaciones. Los terceros que moral o sentimentalmente se crean afectados por ella no podrán pedir al órgano jurisdiccional que declare su ineficacia, ya que no sufrieron un perjuicio jurídico, sino uno de otra índole.

La palabra "perjuicio" debe interpretarse de modo amplio, de manera que comprenda cualquier lesión a un interés jurídico, y no en su sentido literal, como la privación de una ganancia lícita.[25]

En consonancia con lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que la simulación solo puede ser declarada a instancia de un tercero que acredite haber sufrido un *perjuicio* en virtud de ella.[26]

2. *Ministerio Público*

El Ministerio Público puede ejercer la acción de simulación "cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública". No se trata de un supuesto distinto del anterior, ya que el citado órgano actúa en representación de un tercero perjudicado: la Federación, una entidad federativa o un municipio.

VII. DISTINCIÓN CON LOS ACTOS CELEBRADOS EN FRAUDE DE ACREEDORES

Entre la simulación de actos jurídicos y los actos celebrados en fraude de acreedores existen notas comunes: los dos pueden tener como propósito causar un perjuicio a los acreedores y los dos involucran a terceros. Quizá por ello el legislador de 1884 los reguló en un mismo Capítulo.

Sin embargo, entre una y otra figura existen diferencias importantes:

La más trascendente es que el acto celebrado en fraude de acreedores es *real*, las partes verdaderamente quieren otorgarlo, mientras que el acto simulado es, como su nombre lo indica, *fingido*.[27]

Junto con la diferencia anotada convergen otras que revisten carácter *accidental*.

Bejarano Sánchez cita, entre otras, que la acción Pauliana se reserva a los acreedores, mientras que la de simulación compete a cualquier tercero perjudicado; y, que la acción Pauliana presupone la insolvencia del deudor y que el demandante sea titular de un crédito anterior al acto fraudulento, lo que no se exige para el ejercicio de la acción de simulación.[28]

[25] "ART. 2109.—Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

[26] Tesis de rubro: "SIMULACIÓN, NULIDAD POR CAUSA DE. TERCEROS PERJUDICADOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA)", Registro No. 241404, Localización: Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 80, Cuarta Parte, Página: 33, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[27] CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 282.

[28] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 342.

Por su parte, Rojina Villegas agrega que la acción Pauliana solo anula el acto fraudulento en favor del acreedor que la ejercita y hasta por el importe de su crédito, mientras que la de simulación abarca al acto en su totalidad, dada la imposibilidad de declarar fingido o falso solo un aspecto de él.[29]

Incluso los acreedores pueden verse en la necesidad de recurrir a ambas acciones, como sucedería si un deudor simula vender un bien de su propiedad cuando en realidad lo donó y esa operación produjo su insolvencia. En esta hipótesis los perjudicados estarán interesados, primero, en que se declare que la compraventa no fue tal, sino donación, y, segundo, que ésta ocasionó la insolvencia de su deudor.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto, acertadamente, que cuando se ejercen ambas acciones debe decidirse primero lo relativo a la simulación.[30]

[29] ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 501.

[30] Tesis de rubro: "SIMULACIÓN Y ACCIÓN PAULIANA", Registro No. 273022, Localización:, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte, III, Página: 191, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

CAPÍTULO QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO

ACCIÓN OBLICUA

I. INTRODUCCIÓN

Los deudores pueden dejar de ejercer sus derechos pudiendo hacerlos valer, ya sea por descuido o con el propósito de perjudicar a sus acreedores. La Ley protege a los últimos concediéndoles la acción oblicua —también llamada subrogatoria—, que los faculta a exigir los créditos del deudor omiso.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Las fuentes no proveen un tratamiento teórico y sistemático de la acción oblicua.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló la acción oblicua dentro de una Sección intitulada "Del efecto de los pactos con respecto a un tercero".

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

No previó disposición alguna que de manera general autorizara a los acreedores a ejercer los derechos de su deudor.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Tampoco prevé una regulación general de la acción oblicua.

III. CONCEPTO DE ACCIÓN OBLICUA

La acción oblicua es la facultad que tiene el acreedor de ejercer los derechos de su deudor cuando éste no quiera o descuide hacerlo, siempre que de ello dependa el cobro de su crédito.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Facultad que tiene el acreedor

La acción oblicua es una facultad que corresponde a los titulares de derechos de crédito.

- De ejercer los derechos de su deudor

El objeto de la acción oblicua es permitir a los acreedores el ejercicio de los derechos de su deudor.

Por regla general son susceptibles de ejercerse en la vía oblicua todos los derechos reales y de crédito.

- Cuando éste no quiera o descuide hacerlo

Uno de los presupuestos de la acción oblicua es que el deudor no quiera o descuide ejercer los derechos de que es titular. Malicia y negligencia son las conductas que busca combatir la acción.[1]

- Siempre que de ello dependa el cobro de su crédito

Para que una persona pueda ejercer los derechos de su deudor es necesario que de ello dependa el cobro de su crédito. Los acreedores cuyo deudor esté en aptitud de cumplir sus obligaciones no podrán intentar la acción oblicua.

IV. FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN OBLICUA

A diferencia del Código Napoleón, los Códigos Civiles que han regido en el Distrito Federal nunca han previsto una regulación general de la acción oblicua. La legislación adjetiva es la que establece las directrices de esta figura en nuestro Derecho.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contiene dos artículos que sirven de fundamento a esta acción. El primero es el siguiente:

> ART. 29.—Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante legítimo. No obstante eso, el acreedor puede ejercitar las acciones que competan a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo y, excitado éste para deducirlas, descuide o rehúse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito.
>
> Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor nunca se ejercitarán por el acreedor.
>
> Los acreedores que acepten la herencia que corresponda a su deudor ejercitarán las acciones pertenecientes a éste, en los términos en que el Código Civil lo permita.

[1] RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, p. 166.

La norma trascrita es considerada por el sector dominante de la Doctrina como el fundamento general de la acción oblicua.[2] En nuestra opinión el siguiente dispositivo también sirve de fundamento general a esta acción:

> ART. 32.—A nadie puede obligarse a intentar o proseguir una acción contra su voluntad, excepto en los casos siguientes:...
>
> III. Cuando alguno tenga acción o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otro, a quien pueda exigir que la deduzca, oponga o continúe desde luego; y si excitado para ello se rehusare, lo podrá hacer aquél.

Entre los artículos citados existen notas comunes: uno y otro aluden a una persona que se rehúsa a ejercer una acción de que es titular, a otra que la excita para que la ejerza y, finalmente, a la posibilidad de que la segunda ejercite la acción de la primera.

También hay diferencias: el artículo 29 exige que el crédito del acreedor conste en un *título ejecutivo*, lo que no pide la fracción tercera del 32. Asimismo, aquél prevé la posibilidad de que el tercero demandado *paralice la acción oblicua* pagando el crédito del acreedor, excluye el ejercicio de *derechos inherentes a la persona del deudor* y hace referencia a la *aceptación de herencia*, aspectos que no comprende el segundo.

[2] En este sentido BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 527; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 471; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 344; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 645; MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 286 y DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 122.

CAPÍTULO QUINCUAGÉSIMO TERCERO

INTRODUCCIÓN A LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I. INTRODUCCIÓN

La obligación nace para ser pagada y cuando es pagada se extingue. Sin embargo, existen otros supuestos que también dan lugar a la terminación del vínculo obligatorio y que serán objeto de estudio en capítulos siguientes.

La Doctrina agrupa las causas de terminación de las obligaciones de acuerdo con diversos criterios.[1] Nosotros seguiremos la clasificación tripartita que distingue entre causas que satisfacen el interés original del acreedor, causas que satisfacen un interés distinto del original y causas que extinguen el crédito sin satisfacer interés alguno.[2]

II. CAUSAS QUE SATISFACEN EL INTERÉS ORIGINAL DEL ACREEDOR

La única causa que extingue la obligación por satisfacer el interés original del acreedor es el pago, al que definimos como el cumplimiento de la conducta de dar, de hacer o de no hacer objeto de la obligación que da lugar a su extinción.

III. CAUSAS QUE SATISFACEN UN INTERÉS DISTINTO DEL ORIGINAL

La obligación también puede extinguirse por obtener el acreedor la satisfacción de un interés distinto del que originalmente perseguía. En esta categoría ubicamos cuatro figuras: la novación, la dación en pago, la compensación y la confusión.

---

[1] *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, pp. 347-349.

[2] Esta clasificación fue adoptada en nuestro Derecho a sugerencia de Borja Soriano (*op. cit.*, p. 611).

La novación es el negocio jurídico que tiene por objeto extinguir una obligación y crear otra esencialmente distinta que la sustituya.

La dación en pago es la ejecución de una conducta por el deudor, distinta de la debida, que extingue la obligación por considerar el acreedor satisfecho su interés.

La compensación es una causa de extinción de las obligaciones que se actualiza cuando dos personas reúnen los caracteres de deudoras y acreedoras recíprocas de créditos que tienen por objeto bienes fungibles de la misma especie y calidad.

La confusión es una causa de extinción de las obligaciones que se actualiza cuando una persona reúne los caracteres de acreedor y de deudor respecto de una misma deuda.

IV. CAUSAS DE EXTINCIÓN QUE NO SATISFACEN INTERÉS ALGUNO

En tercer lugar se ubican las causas de extinción que no satisfacen interés alguno del acreedor. Dentro de esta categoría se encuentran la remisión, la prescripción, la caducidad, la condición resolutoria, el término extintivo y la imposibilidad de cumplimiento.

La remisión es un negocio jurídico unilateral otorgado por el titular de un derecho de crédito con el objeto de extinguirlo sin recibir algo a cambio.

La prescripción es una causa de extinción de las obligaciones que se verifica por no exigir el acreedor su cumplimiento durante el plazo fijado por la Ley.

La caducidad es una causa de extinción de derechos que se verifica por no observar su titular una conducta determinada dentro de un plazo específico.

La condición resolutoria es el acontecimiento futuro y contingente de cuyo advenimiento depende la resolución de una obligación.

El término extintivo es el acontecimiento futuro y necesario de cuyo advenimiento depende la extinción de una obligación.

La imposibilidad de cumplimiento es el acontecimiento posterior al nacimiento de la obligación que la extingue por constituir un obstáculo insuperable para el pago.

En capítulos siguientes abordaremos, en el orden expuesto, las figuras que no han sido tratadas.

Capítulo Quincuagésimo Cuarto
NOVACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Existen supuestos en que no conviene a alguna o a ambas partes cumplir la obligación en los términos originalmente concertados o prescritos por la Ley. En estos casos podrán recurrir a la novación para sustituir la obligación primigenia por otra esencialmente distinta.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

La novación fue una estipulación que tuvo por objeto sustituir una obligación preexistente por otra nueva.

B. Código Napoleón

Reguló la novación dentro de una Sección ubicada en el Capítulo relativo a la extinción de las obligaciones.

C. Código Civil de 1884

Previó la novación dentro de un Capítulo ubicado en el Título relativo a la extinción de las obligaciones.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

No dedica un apartado especial a la novación y solo se refiere a ella de modo indirecto en un parágrafo (§364).

III. CONCEPTO DE NOVACIÓN

El Código Civil define la novación como sigue:

> ART. 2213.—Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua.

La norma trascrita se ubica dentro del Título que el Código Civil dedica a la extinción de las obligaciones. Alude a la "novación de contrato", lo que es incorrecto por dos razones: la primera, porque la llamada "novación de contrato" da lugar a la sustitución de un tipo contractual por otro, lo que no necesariamente ocurre con la novación;[1] la segunda, porque sugiere que solo pueden novarse las obligaciones de origen contractual, cuando pueden serlo las emanadas de cualquier otra fuente.[2]

Desde el punto de vista doctrinal la novación es el negocio jurídico que tiene por objeto extinguir una obligación y crear otra esencialmente distinta que la sustituya.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

■ Negocio jurídico

El Código Civil define a la novación como un contrato:

> ART. 2214.—La novación es un contrato, y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones siguientes.

Es discutible que la novación posea efectivamente naturaleza contractual, toda vez que, según el mismo legislador, los contratos solo producen o transfieren obligaciones y derechos, pero no los *extinguen*.[3]

A su vez, la novación tampoco encuadra en el concepto de convenio en sentido estricto, ya que este tipo de acuerdo modifica o extingue relaciones jurídicas, pero no las *crea*.

---

[1] Por ejemplo, supóngase que Juan vende a Luis un reloj en mil pesos. Piénsese que las partes acuerdan sustituir la obligación de Juan de entregar el reloj por la de entregar un cuadro. En esta hipótesis no podrá hablarse de "novación de contrato", ya que la obligación sustituta no alterará la esencia del negocio. Por el contrario, si la obligación de entregar el reloj es reemplazada por la de prestar asesoría jurídica habrá novación de contrato, ya que la nueva deuda será incompatible con los efectos esenciales de la compraventa.

[2] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 613.

[3] "ART. 1793.—Los convenios que *producen* o *transfieren* las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos."

Pareciera que la figura que mejor describe la naturaleza jurídica de la novación es el convenio en sentido amplio, ya que, desde el punto de vista legal, es el único acuerdo capaz de *extinguir* y *crear* obligaciones.[4]

En nuestra opinión la discusión sobre si la novación es un contrato —como dice el artículo 2124— o un convenio en sentido amplio —como resulta del artículo 1792— es irrelevante, dado que una y otra figura están sujetas al mismo régimen normativo (artículo 1859). En el plano doctrinal lo correcto es conceptualizar la novación como un negocio jurídico, es decir, como un acontecimiento voluntario encaminado a producir consecuencias de Derecho y que las produce precisamente por la voluntad, estando facultados los particulares para regularlas.

■ Extinguir una obligación y crear otra

El objeto de la novación es extinguir una obligación y crear otra.

La obligación que se va a extinguir recibe el nombre de primitiva u original, mientras que la creada recibe el nombre de sustituta o nueva.

■ Esencialmente distinta

La obligación sustituta debe ser esencialmente distinta de la primitiva. En los ordenamientos y regímenes anteriores el cambio podía versar sobre cuatro aspectos: los sujetos, el objeto, la fuente o alguna modalidad.

La novación *subjetiva* es la que se verifica por un cambio de sujetos. En el Derecho vigente es debatible su subsistencia, dada la transmisibilidad del vínculo obligatorio.

La novación *objetiva* es la que se produce por un cambio esencial en lo debido.

La novación en la *fuente* es la que modifica el concepto por el que se debe algo.

La novación en la *eficacia* es la que imprime o suprime una modalidad de la que carecía o tenía la obligación primitiva, respectivamente.

■ Sustitución

En toda novación debe haber una *unidad volitiva* que conduzca a la extinción de una deuda y a la creación de otra que la reemplace. Si falta esta unidad no habrá novación, sino dos o más actos jurídicos distintos.

Por ejemplo, supóngase que Juan debe cien mil pesos a Luis en concepto de mutuo. Piénsese que acuerdan sustituir la obligación de Juan de restituir el dinero por la de entregar un automóvil a título traslativo de dominio. En esta

---

[4] Artículo 1792. *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 970. En sentido similar BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 414; DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 152.

hipótesis la extinción y la creación de una y otra deuda serán resultado de un mismo acto de voluntad: Juan se liberará de su obligación primitiva *porque* contraerá una nueva.

Ahora supóngase que Luis decide remitir la obligación de Juan y éste, en agradecimiento, se compromete a prestarle asesoría jurídica gratuita. En esta hipótesis no habrá novación, no obstante se extinga una deuda y sea cree otra. Ninguno de los contratantes tuvo como propósito que la segunda obligación *sustituyera* a la primera.

Un criterio similar al expresado fue sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[5]

IV. ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS DE VALIDEZ

A. Elementos esenciales

a) CONSENTIMIENTO

Para que haya novación el consentimiento debe manifestarse expresamente:

> ART. 2215.—La novación nunca se presume, debe constar expresamente.

Lo previsto por el numeral citado es regla especial a la Teoría General de las Obligaciones.[6] Constituye la consagración en nuestro Derecho del *animus novandi*, es decir, de la intención de novar.

Justiniano dispuso que cuando dos personas convenían modificar una obligación, la deuda alterada se añadía a la original sin extinguirla, a menos que los contratantes hubieran exteriorizado con claridad su deseo de que la primera sustituyera a la segunda.

El Código Napoleón acogió la misma regla y dispuso que la novación no se presume, sino que debe constar *claramente* (artículo 1273).[7]

---

[5] Tesis de rubro: "NOVACIÓN. NO EXISTE SI NO HAY VINCULACIÓN JURÍDICA ENTRE LOS CONTRATOS CELEBRADOS", Registro No. 240738, Localización: Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 145-150 Cuarta Parte, Página: 387, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[6] "ART. 1803.—El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente."

[7] No obstante esta regla, la Doctrina admitió que la novación podía celebrarse de manera tácita. *Cfr.* PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 708.

Los Códigos Civiles de 1884 y de 1928 continuaron la tradición y establecieron que la novación no se presume, sino que "debe constar *expresamente*", excluyendo así la posibilidad de que sea celebrada de manera tácita.

La Doctrina unánimemente acepta que, ante la duda, la nueva obligación ha de coexistir con la primitiva. Para que ésta se extinga es preciso que las partes hayan manifestado *expresamente* su intención de novar, es decir, que hayan exteriorizado su *animus novandi*.

b) OBJETO

El objeto principal de la novación es extinguir una obligación y crear otra esencialmente distinta.

1. *Extinción de una obligación*

Para que la novación produzca su efecto extintivo es necesaria una obligación que vaya a extinguirse.

▪ Existencia de la obligación primitiva

No habrá novación si la obligación original no existía al momento de celebrarse:

> ART. 2217.—Si la primera obligación se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajere la segunda quedará la novación sin efecto.

La disposición trascrita debe criticarse, ya que solo prevé el supuesto en que la primera obligación "se hubiere extinguido al tiempo en que se contrajere la segunda" y no la hipótesis en que nunca haya existido.[8]

▪ Obligación primitiva sujeta a condición

Es preciso determinar si las obligaciones sujetas a condición suspensiva o a condición resolutoria son susceptibles de novarse.

Por lo que respecta a las primeras pareciera que no, ya que, según nuestro criterio,[9] no existen mientras la condición no se cumpla; consecuentemente, la novación no podría extinguir una deuda que aún no nace. Sin embargo, la Ley permite novar la expectativa de derecho correspondiente:

> ART. 2216.—Aun cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquélla, si así se hubiere estipulado.

---

[8] *Cfr.* BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 414.

[9] Véase capítulo vigésimo quinto.

La norma trascrita no solo permite la novación de deudas sujetas a condición suspensiva, sino que dispone que el negocio únicamente estará sujeto a esta modalidad si así se hubiere convenido.

Cabe preguntar qué sucedería en el caso opuesto, es decir, si una obligación pura y simple pretende ser reemplazada por otra sujeta a condición suspensiva. Siguiendo la lógica empleada por el artículo 2216, habría de concluir que la novación surtirá efectos desde luego, salvo que otra cosa se hubiere estipulado: la obligación primitiva quedará extinguida y la sustituta pendiente de nacimiento.

En lo referente a las obligaciones sujetas a condición resolutoria, la dificultad no estriba en determinar si pueden ser novadas o no, ya que ninguna duda hay al respecto: mientras la condición no se cumpla la obligación existe y, por lo tanto, puede ser novada. Lo importante con relación a este tipo de deudas es responder qué sucede una vez que la condición se cumple. ¿Los efectos de la novación subsisten o se destruyen retroactivamente?

Borja Soriano, siguiendo a Cunha Gonçalves y a Alves Moreira, concluye que el cumplimiento de la condición no afecta la eficacia de la novación, ya que el artículo 2217, antes trascrito, solo exige que la obligación primitiva exista *al tiempo de contraerse la sustituta.*

Por nuestra parte estimamos más adecuado el criterio de Planiol y Ripert, quienes sostienen que si la condición resolutoria se realiza la primera obligación nunca habrá existido, y por tanto, no podrá hablarse de novación. En la hipótesis opuesta, esto es, si una obligación pura y simple pretende ser reemplazada por una sujeta a condición resolutoria, los juristas franceses indican que si ésta se cumple la nueva obligación se extinguirá retroactivamente y la novación se considerará como no realizada.[10]

□ Obligación primitiva emanada de un acto nulo o anulable

Otro supuesto que puede presentarse es que la obligación original haya emanado de un acto viciado de nulidad absoluta o de nulidad relativa. El legislador reguló estas hipótesis en el siguiente artículo:

> ART. 2218.—La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.

La primera parte del numeral citado establece la regla general: "la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva..."

[10] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 706.

A la regla general están sujetas todas las novaciones de obligaciones emanadas de actos afectados de *nulidad absoluta.* Esto es así porque la nulidad absoluta, como veremos en el capítulo correspondiente, no puede purgarse por medio de la novación.[11]

Por el contrario, la novación de obligaciones derivadas de actos afectados de *nulidad relativa* puede escapar a la regla general siempre que, al momento de celebrarse, la persona que podía demandarla sea capaz y tuviere consciencia de los vicios que, en su caso, hubieren podido invalidar aquéllos.[12]

Lo indicado coincide con lo previsto por la siguiente disposición:

> ART. 2234.—El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

Debemos insistir en que la novación solo sirve de ratificación tácita al acto anulable *si es celebrada por personas capaces y el titular de la acción de nulidad conocía los vicios que afectaban la validez de aquél.*

2. Creación de una obligación esencialmente distinta

El segundo efecto de la novación es crear una obligación *esencialmente* distinta de la primitiva.

Comúnmente se sostiene que el cambio puede radicar en los sujetos, en el objeto en la fuente o en la modalidad de la deuda.

□ Cambio en los sujetos

En el Derecho Romano el cambio en los sujetos de la obligación producía necesariamente su extinción, ya que se trataba de un vínculo personalísimo incapaz de ser transmitido.

El Código Napoleón relajó la visión romana y permitió a las partes optar, por lo que respecta al cambio de acreedor, entre su sustitución con destrucción de la relación obligatoria —por medio de la novación *subjetiva*— o sin ella —por medio de la cesión de derechos y de la subrogación—. Por el contario, el cambio de deudor siempre requirió de una novación *subjetiva.*

El Código Civil de 1884 siguió a su antecesor francés.

El Código Civil alemán no dedica un solo artículo a la novación *subjetiva* y autoriza el cambio de acreedor y de deudor sin necesidad de extinguir la obligación.

[11] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, pp. 607 y 608.

[12] PLANIOL y RIPERT *op. cit.*, p. 706.

El legislador de 1928 siguió al alemán y omitió establecer normas sobre la novación *subjetiva*. Cabe preguntar, sin embargo, si ésta puede celebrarse con arreglo al Derecho vigente.

Un número importante de autores se pronuncia por la afirmativa.[13] Por nuestra parte disentimos de este criterio, puesto que consideramos que la novación *subjetiva* no puede celebrarse en la actualidad, al menos no bajo esa figura jurídica.[14]

Para que haya novación, dice el artículo 2213, debe haber una alteración *sustancial* en la relación jurídica. El cambio en la identidad de los sujetos no constituye, a nuestro parecer, una alteración sustancial. La obligación sigue siendo la misma independientemente de quién integre la parte activa y quién la pasiva.

Abona a nuestro criterio el hecho de que el legislador de 1928 haya suprimido toda referencia a la novación subjetiva, al tiempo que reguló por primera

[13] En este sentido ROJINA VILLEGAS, v.2, *op. cit.*, p. 609; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 979 a 983; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 420 a 423; DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 153 y MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, pp. 422 y 423.

[14] Consecuentemente, no abordaremos su estudio como lo hacen otros autores. Sin embargo, para fines de referencia conviene tener presentes algunas de sus ideas.

Los autores distinguen entre la novación subjetiva por cambio de acreedor y por cambio de deudor. En lo relativo a aquélla (GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 982 y 983) anota cuatro diferencias respecto de la cesión de derechos: la primera, que la novación requiere el consentimiento del deudor, no así la cesión; la segunda, que la novación extingue el crédito primigenio, mientras que la cesión solo lo transmite; la tercera, que la novación no permite al deudor oponer al nuevo acreedor las excepciones provenientes de la primera deuda, lo que sí permite la cesión; y, la cuarta, que la novación es un negocio solemne, mientras que la cesión —según el autor— es uno "consensual o formal". BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 421, agrega una diferencia más: la novación no transfiere al nuevo crédito las garantías de que gozaba el antiguo, mientras que la cesión las deja subsistentes.

Por lo que respecta a la novación subjetiva *por cambio de deudor*, suelen distinguirse dos especies: la delegación y la expromisión. La diferencia esencial entre una y otra radica en que la delegación requiere el consentimiento del deudor primitivo (delegante), del nuevo deudor (delegado) y del acreedor (delegatario), mientras que la expromisión puede llevarse a cabo sin la voluntad del primero. En lo referente a las diferencias entre estas figuras y la cesión de deudas se señalan las siguientes: la novación extingue la deuda original y crea una nueva, mientras que la cesión transmite la misma relación jurídica; la novación solo permite al nuevo deudor oponer las excepciones derivadas de la obligación sustituta, mientras que la cesión lo autoriza a oponer las emanadas de la primitiva; la novación solo puede celebrarse de manera expresa, mientras que la cesión de deudas puede llevarse a cabo expresa o tácitamente. *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 1340 y 1341 (el autor solo se refiere a las diferencias que existen entre la delegación y la cesión de deudas, pero consideramos que pueden hacerse extensivas a la expromisión).

vez la cesión de deudas. Desde el punto de vista legal es innegable que la identidad de los sujetos no trasciende a la esencia de la relación jurídica. En sentido similar se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[15]

Cambio en el objeto

La hipótesis más común de novación es la que se verifica por el cambio de objeto, también conocida como novación *objetiva*.

Cambio sustancial

No cualquier variación en el objeto da lugar a la extinción del vínculo obligatorio, sino solo aquélla que, conforme al citado artículo 2213, sea *sustancial*.

La modificación *sustancial* es la que impide que algo siga siendo lo que es. Se contrapone a la *accidental*, que solo afecta a las circunstancias del ser. La distinción entre sustancia y accidente es desarrollada por Aristóteles en el siguiente párrafo:

> Las palabras, cuando se toman aisladamente, expresan una de las cosas siguientes: sustancia, cuantidad, cualidad, relación, lugar, tiempo, situación, estado, acción, o, por último, pasión. De la sustancia son ejemplos, hombre, caballo; de la cuantidad, de dos codos, de tres codos; de la cualidad, blanco, gramatical; de la relación, doble, mitad, más grande; del lugar, en la plaza pública, en el liceo; del tiempo, ayer, el año pasado; de la situación, estar acostado, estar sentado; del estado, estar calzado, estar armado; de la pasión, ser cortado, ser quemado.[16]

De acuerdo con el filósofo griego la sustancia alude al "qué", mientras que el accidente a la cantidad, a la cualidad, a la relación, al lugar, al tiempo, a la posición, al hábito, a la acción y a la pasión.

Para que haya novación el acuerdo de voluntades debe encaminarse a modificar la *sustancia* del objeto debido y no uno de sus *accidentes*. Por ejemplo, supóngase que Juan debe a Luis un kilogramo de oro de veinticuatro quilates y que debe entregarlo en el domicilio de éste el día quince de mayo. En esta hipótesis la sustancia es el oro y los accidentes son un kilogramo —cantidad—, veinticuatro quilates —cualidad—, el domicilio de Luis —lugar— y el quince de mayo —tiempo—. Si las partes quisieran novar la obligación de Juan deberán sustituir el oro por otro bien —como un automóvil o un inmueble—, por un hecho —como prestar asesoría profesional— o por una abstención —como

[15] Tesis de rubro: "NOVACIÓN", Registro No. 352026, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXIII, Página: 3338, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

[16] ARISTÓTELES, *Categorías*, C. IV. Párr. 1 y 2.

no revelar alguna información—. Por el contrario, si alteran cualquiera de los accidentes no habrá novación, sino un simple convenio modificatorio.

■ Accesorios

La adición, supresión o modificación de accesorios, como intereses o garantías, no dan lugar a la extinción de la obligación principal.

En lo relativo a los intereses, la necesidad de pagarlos es una obligación anexa a la principal, *pero distinta de ella*, que en nada la modifica.

La constitución o liberación de garantías tampoco da lugar a la novación.[17]

□ Cambio en la fuente

Las partes también pueden alterar la fuente de la deuda, es decir, el concepto por el que se debe algo.

Por ejemplo, supóngase que Juan se comprometió con Luis a prestarle cien mil pesos y con posterioridad a la celebración del contrato acuerdan que el dinero no le será prestado, sino regalado. En esta hipótesis los contratantes modificaron la fuente por la que Juan debe los cien mil pesos: de adeudarlos en calidad de mutuante pasará a deberlos en concepto de donante.

Aún cuando generalmente se da por sentado que el cambio de fuente extingue la obligación primitiva y crea una nueva, es debatible que se trate en realidad de una alteración *sustancial* de las que exige el artículo 2213, ya que la deuda conserva íntegramente sus elementos.

□ Cambio en la modalidad

La deuda puede ser modificada en cuanto a la modalidad a la que está sujeta, ya sea que se le adicione o se le suprima una.

No cualquier cambio en la modalidad justifica la extinción de la obligación primitiva. La mayoría de los autores admite que la adición o supresión de un término no constituye una modificación *sustancial* que dé lugar a la novación, mientras que la de una condición sí.[18] Gutiérrez y González disiente: opina que la adición de un término también ocasiona la extinción de la relación obligatoria.[19]

Por nuestra parte coincidimos con la Doctrina dominante, sin embargo, estimamos que la sujeción de una obligación pura y simple a condición *resolutoria* y viceversa puede llevarse a cabo sin necesidad de novación.

---

17 PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 707.

18 En este sentido BONNECASE, *op. cit.*, p. 911; PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 707; BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 617 y 618; ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 611; MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, pp. 423 y 424.

19 GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 978.

B. REQUISITOS DE VALIDEZ

a) CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio de quienes celebran la novación se rige conforme a la Teoría General de las Obligaciones.

b) AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

La ausencia de vicios del consentimiento también se rige por la Teoría General de las Obligaciones.

c) LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN

Tampoco hay regla especial con relación a este requisito.

d) FORMA

Por regla general basta con que el consentimiento sea manifestado expresamente para que haya novación y sea válida. Sin embargo, existen cuando menos tres supuestos en que deberán cumplirse requisitos especiales de forma.

El primero se verifica cuando la novación da como resultado *la adopción de un tipo contractual* para el que la Ley exija los citados requisitos.[20] Por ejemplo, si las partes desean sustituir las obligaciones emanadas de un comodato, que es un contrato consensual, por las derivadas de un arrendamiento, que es formal,[21] deberán observar la forma del último.

El segundo tiene lugar cuando la extinción de la obligación primitiva o la creación de la sustituta dan como resultado la transmisión de propiedad de bienes inmuebles, en cuyo caso deberán satisfacerse los requisitos que la Ley exige para ésta.[22]

El tercero se actualiza cuando la novación altera un acto jurídico que se hizo constar en escritura pública, hipótesis en que deberá observarse la misma forma de acuerdo con la Ley del Notariado para el Distrito Federal (artículo 120).

V. EFECTOS DE LA NOVACIÓN

El efecto principal de la novación es extinguir una obligación y crear otra esencialmente distinta, de acuerdo con lo comentado anteriormente.

---

20 *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 421.

21 "ART. 2406.—El contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito..."

22 Artículos 2317 y 2320.

En este apartado nos limitaremos a desarrollar tres puntos: la subsistencia de garantías, la novación de obligaciones complejas por los sujetos y las consecuencias de la nulidad del negocio.

A. Subsistencia de garantías

Por regla general las garantías —personales o reales— que se hubiesen constituido para responder del incumplimiento de la *deuda primitiva* se extinguirán con la terminación de ésta:

> Art. 2220.—La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias...

Lo previsto por el artículo trascrito es consecuencia del carácter accesorio de las garantías, que les impide subsistir sin la obligación principal. Sin embargo, la Ley permite que sean trasladadas a la obligación sustituta siempre que se cumplan los requisitos que comentaremos a continuación.

a) Subsistencia de garantías constituidas por el deudor

Para que las garantías otorgadas por el deudor respondan del incumplimiento de la obligación sustituta es necesario que el acreedor, al momento de celebrar la novación, se reserve expresamente el derecho a conservarlas:

> Art. 2220.—La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. *El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva.*

La norma citada no solo alude a las garantías, sino a las "obligaciones accesorias" en general, lo que comprende los intereses y otras deudas anexas.

Cabe destacar que las garantías no son extinguidas y creadas nuevamente, sino transferidas a la nueva deuda. Lo anterior es importante para efectos de la prelación que guardaba el acreedor. Por ejemplo, la hipoteca en primer lugar que garantizaba la obligación primitiva responderá de la sustituta con la misma prelación.[23]

[23] Consideramos que si la nueva obligación es más gravosa que la primitiva el acreedor no conservará, en perjuicio de terceros, su prelación en cuanto a la mayor onerosidad. Por ejemplo, el acreedor hipotecario en primer lugar de un crédito valuado en cien mil pesos, que posteriormente es sustituido por otro valuado en doscientos mil, solo conservará su prelación en perjuicio de acreedores hipotecarios en segundo y ulterior lugar por los primeros cien mil pesos.

El artículo 2220 exige, para el traslado de las garantías, que el acreedor emita una *reserva expresa*. A nuestro juicio la regla debió ser inversa: las garantías debieron entenderse transferidas salvo disposición en contrario. Fundamos nuestra opinión en que la inmensa mayoría de los acreedores preferirán conservar las garantías a perderlas, por lo que resultaría injusto que alguno se vea privado de ellas por haber olvidado efectuar la reserva de que se trata.

b) Subsistencia de garantías constituidas por terceros

Para que subsistan las garantías prestadas por terceros debe observarse lo siguiente:

> Art. 2221.—El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación. Tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del fiador.

Tratándose de garantías otorgadas por terceros es inoperante la reserva que pretenda efectuar el acreedor. Para que sean transferidas a la nueva deuda deberá obtenerse el consentimiento de aquéllos.

En nuestra opinión el artículo 2221 debería derogarse, ya que la misma regla se observaría si no existiera. El traslado de las garantías implica una modificación al acto o contrato por el cual se constituyeron, la que necesariamente requiere la voluntad de sus otorgantes.

B. Novación de obligaciones solidarias

El Código Civil destina algunos artículos a regular la novación de obligaciones solidarias. En primer lugar dispone que puede ser acordada por cualquiera de los acreedores solidarios con cualquiera de los deudores del mismo tipo:

> Art. 1991.—La *novación*, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación.

La obligación primitiva queda extinguida respecto de todos los acreedores y deudores solidarios, sin embargo, cabe preguntar quiénes integrarán la nueva. Ninguna duda hay de que el acreedor y el deudor que celebraron la novación poseerán los mismos caracteres en la obligación sustituta, pero ¿qué hay de los otros?

Por lo que hace a los deudores que no celebraron la novación, éstos quedarán liberados en el ámbito externo, pero no en el interno:

ART. 2223.—Por la novación hecha entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, quedan exonerados todos los demás codeudores, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1999.

Siguiendo lo prescrito por la norma citada, el acreedor solo podrá exigir al deudor con quien celebró la novación el cumplimiento de la obligación sustituta, no así a los demás. Sin embargo, una vez que éste pague podrá repetir contra los otros lo que les corresponda.[24] A nuestro juicio la responsabilidad de los codeudores en el ámbito interno debe sujetarse a las siguientes reglas: si la obligación nueva es más gravosa que la primitiva, el deudor que la pague solo podrá repetir por el importe de la segunda; por el contrario, si la obligación nueva es menos gravosa que la primitiva podrá repetir por el importe de la primera.

Las garantías que hubiesen sido constituidas por los deudores distintos del que celebró la novación no serán trasladadas a la nueva deuda:

ART. 2222.—Cuando la novación se efectúe entre el acreedor y algún deudor solidario, los privilegios e hipotecas del antiguo crédito sólo pueden quedar reservados con relación a los bienes del deudor que contrae la nueva obligación.

La disposición anotada es criticable por la misma razón que expusimos en el apartado que antecede respecto del artículo 2221.

En lo referente a los acreedores distintos del que celebró la novación, el Código Civil no aclara si lo son también de la obligación sustituta. En nuestra opinión no lo son, ya que, en principio, el negocio solo debe surtir efectos entre quienes lo celebran.

Respecto a lo que podrán exigir los acreedores en el ámbito interno al que celebró la novación debe adoptarse el criterio más favorable a aquéllos: si la obligación sustituta reporta menos valor que la primitiva deberá entregárseles el valor de la segunda; por el contrario, si la obligación sustituta posee mayor valor que la primitiva deberá repartirse el objeto de la primera.

---

[24] "ART. 1999.—El deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda.

Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales.

Si la parte que incumbe a un deudor solidario no puede obtenerse de él, el déficit debe ser repartido entre los demás deudores solidarios, aun entre aquellos a quienes el acreedor hubiere libertado de la solidaridad.

En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor."

C. NULIDAD DE LA NOVACIÓN

La novación —como todo negocio jurídico— puede verse afectada por nulidad absoluta o por nulidad relativa. El análisis de estas ineficacias se realizará en el capítulo correspondiente, sin embargo, conviene tener presente desde ahora la siguiente regla:

ART. 2219.—Si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación.

La norma trascrita es innecesaria ya que, como veremos en su momento, una de las consecuencias de la declaración de nulidad es que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la celebración del acto, lo que, tratándose de la novación, implica que la obligación primitiva subsista con todos sus accesorios.

Capítulo Quincuagésimo Quinto

COMPENSACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La compensación es un modo de extinción de las obligaciones encaminado a evitar el pago de dos deudas.[1] Parte de la idea de que si dos personas son acreedoras y deudoras una de la otra, de una suma de dinero o de otros bienes fungibles de la misma especie y calidad, sus créditos deben extinguirse hasta por el importe del menor.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

Pueden distinguirse varios periodos en la evolución de la compensación en el Derecho Romano.[2] Fue hasta la época de Justiniano, en que desaparecieron las diferencias que existían en materia de compensación entre las diversas clases de acciones y se concedió la facultad de oponerla contra todo tipo de créditos, excepto algunos específicos como los derivados del depósito irregular.[3]

B. Código Napoleón

Reguló la compensación dentro de una Sección ubicada en el Capítulo relativo a la extinción de las obligaciones.

---

[1] D. 16. 2. 3. "La compensación es necesaria por esto, porque nos importa más no pagar, que repetir lo pagado". "*Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere*".

[2] Sohm, *op. cit.*, pp. 274 a 278; Petit, *op. cit.*, pp. 510-513.

[3] Sohm, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

C. Código Civil de 1884

Previó la compensación dentro de un Capítulo ubicado en el Título sobre la extinción de las obligaciones.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Prevé la compensación dentro de un Título ubicado en la Sección relativa a la extinción de las obligaciones.

III. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN

El concepto legal de compensación deriva de los artículos siguientes:

> Art. 2185.—Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.
>
> Art. 2186.—El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor.
>
> Art. 2187.—La compensación no procede sino cuando ambas deudas consisten en una cantidad de dinero, o cuando siendo fungibles las cosas debidas, son de la misma especie y calidad, siempre que se hayan designado al celebrarse el contrato.

Con base en los numerales trascritos definimos la compensación como una causa de extinción de las obligaciones que se actualiza cuando dos personas reúnen los caracteres de deudoras y acreedoras recíprocas de créditos que tienen por objeto bienes fungibles de la misma especie y calidad.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Causa de extinción de las obligaciones

La compensación es una causa de extinción de las obligaciones. De acuerdo con el artículo 2186 la extinción puede ser *total* o *parcial*: es total si las deudas son de igual cuantía; es parcial si poseen valores diferentes, en cuyo caso la de mayor se extingue en la medida de la de menor.

- Dos personas

La compensación presupone la existencia de dos personas. Si una sola reúne la calidad de acreedora y deudora respecto de un mismo crédito habrá *confusión* y no *compensación*, que es otra causa de extinción de las obligaciones que estudiaremos en capítulos siguientes.

- Deudoras y acreedoras recíprocas

Las personas involucradas deben ser deudoras y acreedoras recíprocas, esto es, deudoras y acreedoras una de la otra.

El artículo 2185 antes trascrito establece que los involucrados deben reunir la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y "por su propio derecho". Esto último busca impedir que el representante pueda compensar sus obligaciones respecto de terceros con los créditos de que sea titular el representado y viceversa.[4]

Consideramos redundante este requisito, ya que quienes no son acreedores y deudores recíprocos *por su propio derecho*, no lo son en absoluto.

- Créditos que tienen por objeto bienes fungibles de la misma especie y calidad

Para que haya compensación es necesario que los créditos que pretendan extinguirse tengan por objeto bienes fungibles de la misma especie y calidad.

IV. REQUISITOS PARA QUE HAYA COMPENSACIÓN POR MINISTERIO DE LEY

No hay consenso en la Doctrina acerca de cuáles son los requisitos que deben satisfacerse para que tenga lugar la compensación. A nuestro juicio para que las deudas sean extinguidas *por ministerio de Ley* deben cumplirse cinco requisitos:

1. Acreedores y deudores recíprocos;
2. Bienes fungibles de la misma especie y calidad;
3. Deudas líquidas;
4. Deudas exigibles; y
5. Mismo lugar de pago.

A continuación desarrollaremos cada uno.

A. Acreedores y deudores recíprocos

Para que haya compensación es necesario, en primer lugar, que dos personas posean la calidad de acreedoras y deudoras recíprocas. El legislador estableció tres excepciones a esto.

---

[4] *Cfr.* Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 406.

a) OBLIGACIONES SOLIDARIAS

El requisito objeto de este apartado no genera mayor dificultad si las obligaciones se integran por una sola persona en su lado activo y por otra en su lado pasivo. Por el contrario, si las deudas son complejas por los sujetos cabe cuestionar la procedencia de la compensación.

Por ejemplo, supóngase que Juan y Luis deben solidariamente a Roberto cien mil pesos y que éste adeuda a Juan diez mil. Si Roberto demanda a Luis el pago de los cien mil pesos, ¿podrá éste oponerle la compensación de los diez mil que debe a Juan?

El siguiente artículo resuelve en sentido negativo la interrogante planteada:

> ART. 2200.—El deudor solidario no puede exigir compensación con la deuda del acreedor a sus codeudores.

El numeral trascrito impide al deudor solidario oponer al acreedor la compensación de lo que éste debe a los demás codeudores. Volviendo a nuestro ejemplo, Luis no podrá oponer a Roberto la compensación de los diez mil pesos que debe a Juan.

La regla contenida en el artículo 2200 difiere de la prevista por la siguiente norma:

> ART. 1991.—La novación, *compensación*, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación.

Conforme al artículo citado la compensación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios con cualquiera de los deudores de la misma clase extingue la obligación.

Aparentemente hay contradicción entre los artículos 2200 y 1991: el primero prohíbe al deudor solidario oponer al acreedor los créditos de sus codeudores, el segundo lo permite. La Doctrina ha intentado explicar esta inconsistencia de diversas maneras:

Rojina Villegas señala que el deudor solidario no puede oponer al acreedor el crédito de su codeudor, pero sí éste ya lo hubiese opuesto la compensación beneficiará a todos: "...el deudor solidario —indica— no puede oponer compensación al acreedor con el crédito que tenga alguno de los deudores solidarios respecto a este último; pero la compensación ya efectuada sí extingue la obligación y aprovecha a los demás deudores".[5]

[5] ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 632.

Por su parte, Bejarano Sánchez sostiene que el artículo 2200 solo impide al deudor solidario *convenir* con el acreedor la compensación de los créditos de sus codeudores en los casos en que ésta no proceda por ministerio de Ley:

> Así —expresa—, ni el codeudor solidario puede exigir que se opere una compensación convencional o facultativa del crédito de otro de los codeudores con el crédito del acreedor común... En cambio, la compensación legal, que produce su efecto extintivo *ipso iure* (por el mismo derecho), sí podría ser invocada aun por un tercero con interés jurídico.[6]

Por nuestra parte consideramos que el supuesto de que se trata constituye una hipótesis en que la compensación no opera *ipso iure*, sino que debe ser consentida por el deudor que detente la titularidad del crédito respectivo. Una vez admitida por él, podrá ser opuesta por cualquier otro codeudor.

En los casos de solidaridad activa opinamos que la compensación sí operará por ministerio de Ley: si un deudor tiene un crédito contra alguno de sus acreedores solidarios podrá oponerlo a todos.

b) CESIÓN DE DERECHOS

Es posible que la compensación se haga valer contra una persona respecto de la que no se tenga crédito alguno. Esto sucede con la cesión de derechos, que permite al deudor oponer al cesionario la compensación que pudo haber invocado contra el cedente. A este supuesto se refieren los artículos 2035, 2201, 2202 y 2203, cuyo análisis fue realizado en el capítulo trigésimo segundo.

Como hipótesis especial el Código Civil regula la compensación de créditos incorporados en documentos civiles a la orden que sean transmitidos por endoso:

> ART. 2193.—Tratándose de títulos pagaderos a la orden, no podrá el deudor compensar con el endosatario lo que le debiesen los endosantes precedentes.

La disposición trascrita impide al deudor oponer al último tenedor los créditos que tuviera contra los endosantes. Esta es una consecuencia de la autonomía que adquiere el documento que circula por endoso.

c) FIANZA

Otra excepción a la necesidad de que la compensación se lleve a cabo entre personas que revistan el carácter de acreedoras y deudoras recíprocas tiene lugar en materia de fianza.

[6] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 436.

La Ley permite al fiador oponer al acreedor la compensación que resulte de los créditos que el fiado tenga en su contra:

> ART. 2199.—El fiador puede utilizar la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal; pero éste no puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador.

Para comprender lo previsto por la norma anotada debemos tener presente que la obligación del fiador consiste en satisfacer la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la deuda del fiado y no en cumplir ésta.[7] En otras palabras, el fiador se obliga al *haftung* y no al *schuld*.[8]

El artículo 2199 permite al fiador "utilizar la compensación" de lo que el acreedor deba al deudor principal. Esta regla se apoya en que la obligación no puede existir respecto de un deudor y no existir respecto de otro: si el fiado tiene un crédito contra el acreedor operará la compensación por ministerio de Ley y extinguirá total o parcialmente la responsabilidad civil en favor de todos los involucrados.

La parte final del numeral citado impide al fiado oponer la compensación de lo que el acreedor deba al fiador. A nuestro juicio lo anterior debe interpretarse de modo similar a como hicimos al tratar la compensación de obligaciones solidarias: el crédito del fiador no compensa el del acreedor *por ministerio de Ley*, sino que debe oponerlo aquél. Una vez opuesto aprovechará también al fiado.

Para que el fiador pueda oponer su crédito es necesario que primero sea demandado por el acreedor:

> ART. 2198.—El fiador, antes de ser demandado por el acreedor, no puede oponer a éste la compensación del crédito que contra él tenga, con la deuda del deudor principal.

El artículo trascrito prohíbe al fiador oponer la compensación antes de que sea demandado, lo que implica que el acreedor podrá evitarla dirigiendo su acción únicamente contra el deudor principal.

Resumiendo: para que el crédito del fiador compense la responsabilidad civil del fiado es necesario que aquél sea demandado por el acreedor y que lo oponga.

---

[7] RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 386 y 387.

[8] Por ejemplo, el fiador que garantiza que el deudor entregará un automóvil no se obliga a entregarlo si éste incumple, sino a resarcir los daños y/o perjuicios que resulten del incumplimiento. En el capítulo cuadragésimo explicamos que la responsabilidad civil es una obligación distinta e independiente de aquella cuyo incumplimiento la origina.

B. BIENES FUNGIBLES DE LA MISMA ESPECIE Y CALIDAD

El artículo 2187 antes trascrito exige que las obligaciones tengan por objeto *bienes fungibles de la misma especie y calidad.*

Los bienes fungibles son los que pueden sustituirse por otros de la misma especie y calidad.[9] Sin embargo, no todos los bienes de la misma especie y calidad son fungibles. Por ejemplo, dos balones de fútbol pueden ser de la misma especie y calidad y no ser fungibles porque uno haya sido autografiado por un jugador famoso.

Que los bienes sean de la misma especie significa que deben ubicarse dentro de la misma sub-categoría que define su esencia. Por ejemplo, un perro labrador y uno chihuahua pueden considerarse de la misma especie desde el punto de vista biológico, atendiendo a que ambos forman parte de la familia canina, sin embargo, no lo son para efectos de la compensación ya que no se ubican dentro de la misma sub-categoría que define su esencia.

Los bienes pueden ser de la misma especie y diferir en cuanto a su calidad. Por ejemplo, dos trajes de vestir pueden ser de la misma especie y distinguirse por la superioridad de la tela con que uno fue confeccionado.

Para que la compensación sea procedente es necesario que el objeto de las obligaciones que vayan a extinguirse posea las tres características anotadas: fungibilidad, misma especie y misma calidad. El dinero generalmente las reúne, lo que explica por qué el artículo 2187 lo menciona expresamente y por qué la compensación generalmente se verifica respecto de deudas dinerarias.

C. DEUDAS LÍQUIDAS

El tercer requisito para que opere la compensación consiste en que las deudas que vayan a extinguirse sean líquidas:

> ART. 2188.—Para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean igualmente *líquidas* y exigibles...

a) CONCEPTO LEGAL DE DEUDA LÍQUIDA

El Código Civil define la deuda líquida como sigue:

> ART. 2189.—Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días.

---

[9] "ART. 763.—Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad..."

El artículo citado reconoce dos tipos de deudas líquidas: las de cuantía determinada y las de cuantía determinable dentro de un plazo de nueve días. Unas y otras son compensables por ministerio de Ley.

Por ejemplo, si Juan debe a Luis diez mil pesos y éste cinco mil a aquél ambas deudas son líquidas porque su cuantía se halla *determinada*. De igual modo, si Juan debe diez mil pesos a Luis y éste una indemnización a aquél que puede ser rápidamente tasada por peritos ambas deudas son líquidas porque la cuantía de la primera se halla *determinada* y el monto de la segunda es *determinable dentro de un plazo de nueve días*.

En uno y otro supuesto las obligaciones se extinguen de pleno Derecho, sin embargo, para conocer el resultado final de la compensación, en tratándose de deudas de cuantía determinable, deberá precisarse su monto.

Volviendo al segundo ejemplo: la obligación de Juan y la de Luis son líquidas, por lo que habrán de extinguirse total o parcialmente tan pronto se contraponga una a la otra. Lo anterior es particularmente importante si el crédito de Luis devengaba intereses, ya que su producción se detendrá o se reducirá, según sea el caso, desde que nació el derecho indemnizatorio de Juan. Sin embargo, el saldo final de la compensación solo se conocerá hasta que se determine el importe del último.

b) CONCEPTO DE DEUDA ILÍQUIDA

De la interpretación *a contrario sensu* del artículo 2189 resulta que deuda ilíquida es aquella cuya cuantía no se halla determinada ni puede determinarse dentro del plazo de nueve días. Estas obligaciones se compensarán por ministerio de Ley tan pronto adquieran el carácter de líquidas.

D. DEUDAS EXIGIBLES

El cuarto requisito de la compensación consiste en que las deudas sean exigibles:

> ART. 2188.—Para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean igualmente líquidas y *exigibles*...

a) CONCEPTO LEGAL DE DEUDA EXIGIBLE

El Código Civil define la deuda exigible como sigue:

> ART. 2190.—Se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho.

b) CONCEPTO Y ENUMERACIÓN DE DEUDAS NO EXIGIBLES

De la lectura *a contrario sensu* del artículo 2190 resulta que deuda no exigible es aquella cuyo pago puede rehusarse conforme a Derecho.

La sujeción de una obligación a término suspensivo es la causa principal por la que el deudor puede negarse a pagar.

Las obligaciones sujetas a condición suspensiva tampoco pueden ser compensadas, ya que, más que no ser exigibles, no existen mientras la condición no se cumpla.[10] Por el contrario, las sujetas a condición resolutoria sí son compensables, pero la compensación quedará sin efecto si se realiza el acontecimiento futuro y contingente.[11]

Las obligaciones naturales tampoco pueden ser compensadas. La Doctrina lo justifica en que su cumplimiento no puede ser exigido al deudor.[12] En nuestra opinión la falta de compensación se debe a que no son relaciones jurídicas.[13]

Las obligaciones emanadas de actos afectados de nulidad absoluta o relativa tampoco son compensables,[14] excepto si la causa que da lugar a la segunda solo puede ser invocada por la parte interesada en que opere la extinción. La improcedencia de la compensación se debe a que cualquiera de las partes puede *rehusarse a pagar* oponiendo la excepción de nulidad.

E. MISMO LUGAR DE PAGO

Para que la compensación opere por ministerio de Ley es necesario que las deudas sean pagaderas en el mismo lugar:

> ART. 2204.—Las deudas pagaderas en diferente lugar, pueden compensarse mediante indemnización de los gastos de transporte o cambio al lugar del pago.

V. CLASES DE COMPENSACIÓN

La Doctrina distingue tres clases de compensación: la legal, la voluntaria y la judicial.

A. COMPENSACIÓN LEGAL

La compensación legal es la que opera por ministerio de Ley siempre que las deudas reúnan los requisitos analizados en el apartado que antecede.

---

[10] Véase capítulo vigésimo quinto.
[11] En sentido opuesto ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 633.
[12] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 714.
[13] Véase capítulo sexagésimo segundo.
[14] RUGGIERO, t. 2, *op. cit.*, p. 236. ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 633.

B. Compensación voluntaria

La compensación voluntaria es la decidida por ambas o por alguna de las partes en los casos en que no proceda la legal. Puede ser convencional o facultativa.

a) Compensación convencional

La compensación convencional es la que resulta del acuerdo de las partes.

Los interesados pueden, en principio, remover cualquier obstáculo que impida la compensación legal siempre que no contraríen una norma de orden público.

De los requisitos estudiados en el apartado que antecede pueden suprimirse con facilidad los últimos tres, es decir, la necesidad de que las deudas sean líquidas, exigibles y pagaderas en el mismo lugar. Con relación a la liquidez y a la exigibilidad la Ley expresamente reconoce la posibilidad de que sean dispensadas por las partes:

> Art. 2188.—Para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean igualmente líquidas y exigibles. *Las que no lo fueren, sólo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados.*

La remoción del primer y segundo requisitos demanda mayor análisis.

Por lo que hace al primero, es decir, a que las partes sean acreedoras y deudoras recíprocas, no se admite la procedencia de la compensación convencional fuera de los supuestos de excepción que prevé la Ley. Por ejemplo, el deudor no puede oponer al acreedor un crédito que tenga un tercero en su contra, ni siquiera con el consentimiento de éste.[15]

Con relación al segundo requisito, a saber, que las obligaciones tengan por objeto bienes fungibles de la misma especie y calidad, tampoco es posible removerlo a través de la compensación convencional, ya que el artículo 2187 no lo permite.[16] Sin embargo, las partes pueden extinguir las deudas de que se trata a través de un convenio extintivo o por medio de su remisión recíproca.

b) Compensación facultativa

La compensación facultativa es la que se verifica por voluntad unilateral de una de las partes.[17]

[15] *Cfr.* Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 344.

[16] Por ejemplo, quien debe a otro una conducta de hacer no puede convenir con su acreedor que sea *compensada* con la prestación de dar que éste le debe.

[17] Ruggiero, t. 2, *op. cit.*, p. 233.

Este tipo de compensación procede, como señala Castán Tobeñas, cuando es reclamada por "aquella de las dos partes contratantes que tendría derecho para resistirla y a quien únicamente podría perjudicar".[18]

El supuesto más común de compensación facultativa es la que se verifica cuando una parte renuncia al beneficio del término instituido en su favor, que impedía la compensación *ipso iure*.

C. Compensación judicial

La compensación judicial es la que pronuncia el órgano jurisdiccional cuando el demandado reconviene el pago de un crédito no compensable por ministerio de Ley.[19]

La hipótesis más citada de compensación judicial es la que tiene lugar respecto de créditos ilíquidos. Por ejemplo, un deudor al que se demanda la entrega de una suma determinada de dinero reconviene a su acreedor el pago de una indemnización cuya cuantía no puede determinarse dentro del plazo de nueve días. Dado que el juzgador debe resolver una y otra contienda en la misma sentencia,[20] al hacerse líquido el crédito ilíquido podrá declarar su compensación y estimar el saldo a que haya lugar.

Por nuestra parte consideramos que la "compensación judicial" no es un tipo especial de compensación. La extinción de las deudas se verifica por ministerio de Ley una vez que la deuda ilíquida adquiere carácter líquido y no porque el juzgador la declare. En sentido similar se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[21]

VI. Deudas que no pueden ser compensadas

El Código Civil prevé el siguiente listado de obligaciones que no pueden ser compensadas:

> Art. 2192.—La compensación no tendrá lugar:
> I. Si una de las partes la hubiere renunciado;

[18] Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 404.

[19] *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 718.

[20] El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal prevé:

"Art. 261.—Las excepciones que no se hayan resuelto en la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales y la reconvención, se discutirán al propio tiempo y se decidirán en la misma sentencia."

[21] Tesis de rubro: "Compensación, bases para establecerla", Registro No. 356234, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LVIII, Página: 263, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

II. Si una de las deudas toma su origen de fallo condenatorio por causa de despojo; pues entonces el que obtuvo aquél a su favor deberá ser pagado, aunque el despojante le oponga la compensación.

III. Si una de las deudas fuere por alimentos;

IV. Si una de las deudas toma su origen de una renta vitalicia;

V. Si una de las deudas procede de salario mínimo;

VI. Si la deuda fuere de cosa que no puede ser compensada, ya sea por disposición de la ley o por el título de que procede, a no ser que ambas deudas fueren igualmente privilegiadas;

VII. Si la deuda fuere de cosa puesta en depósito;

VIII. Si las deudas fuesen fiscales, excepto en los casos en que la ley lo autorice.

A continuación comentaremos cada una.

A. Obligaciones cuya compensación fue renunciada

La compensación puede ser renunciada por cualquiera de las partes.

a) Momento de la renuncia

El Código Civil no indica en qué momento puede formularse la renuncia a la compensación.

1. *Renuncia anticipada*

La renuncia anticipada a la compensación tiene lugar antes de que se surtan los requisitos para que opere por ministerio de Ley.

Puede suceder que entre dos personas no haya obligación alguna y aún así una comunique a la otra que renuncia a la compensación que pudiera producirse entre las que llegaren a nacer. Puede ocurrir también que una persona sea acreedora de otra y le manifieste que, para el caso de que llegue a constituirse en su deudora, no habrá compensación entre sus respectivos créditos. Incluso es posible que dos personas sean acreedoras y deudoras recíprocas de obligaciones no exigibles y una declare a la otra que, para el caso de que los créditos coexistan como exigibles, no habrá compensación.

2. *Renuncia posterior*

Se admite también que la renuncia pueda llevarse a cabo después de que la compensación haya operado por ministerio de Ley.[22]

[22] *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, 718.

En nuestra opinión la compensación no puede renunciarse si ya operó por ministerio de Ley. Fundamos nuestro criterio en tres argumentos: el primero, que no puede renunciarse a un beneficio que ya se aprovechó; el segundo, que la renuncia tiene por objeto extinguir derechos y no hacerlos renacer; y, el tercero, que la renuncia es un acto unilateral y como tal no puede generar pasivos a cargo de una persona distinta de su otorgante.

Lo expresado en el párrafo que antecede no impide que las partes puedan destruir los efectos de la compensación *por mutuo acuerdo*. En opinión de Von Thur, este acuerdo sería en realidad fuente de nuevas obligaciones.[23]

b) Forma de la renuncia

El Código Civil permite que la renuncia a la compensación se lleve a cabo expresa o tácitamente:

> Art. 2197.—El derecho de compensación puede renunciarse, ya expresamente, ya por hechos que manifiesten de un modo claro la voluntad de hacer la renuncia.

La disposición trascrita prevé una excepción al carácter expreso que debe revestir toda renuncia, de acuerdo con lo explicado en el capítulo octavo de este libro.[24]

B. Obligaciones derivadas de fallos condenatorios de despojo

La fracción segunda del artículo 2192 no permite la compensación cuando "una de las deudas toma su origen de fallo condenatorio por causa de despojo".

La palabra "despojo" debe tomarse en su sentido semántico, es decir, como la acción de "privar a alguien de lo que goza y tiene"[25] y no en el sentido estatuido por el Código Penal.[26]

[23] Von Thur, t. 2, *op. cit.*, p. 170.

[24] Artículos 6 y 7.

[25] De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española.

[26] El Código Penal para el Distrito Federal tipifica el delito de despojo como sigue:

"Art. 237. Se impondrán de tres meses a cinco años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa:

I. Al que de propia autoridad, por medio de violencia física o moral, el engaño o furtivamente, ocupe un inmueble ajeno, haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca;

II. Al que de propia autoridad y haciendo uso de cualquiera de los medios indicados en la fracción anterior o furtivamente, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permite por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante; o

El carácter no compensable de las obligaciones derivadas del "despojo" proviene del Derecho Romano[27] y se funda en el aforismo *spoliatus ante omnia restituendus est* —el despojado debe ante todo ser restituido.[28]

La máxima *spoliatus ante omnia restituendus est* busca impedir, en materia de compensación, que una persona se haga justicia por su propia mano.[29]

Por ejemplo, supóngase que Juan debe mil pesos a Luis y que éste, ante la negativa de pago de aquél, lo "despoja" furtiva o violentamente de la cantidad debida. Si una sentencia condena a Luis a restituir el dinero sustraído no podrá, de acuerdo con lo prescrito por la fracción segunda del artículo 2192, oponer la compensación de los mil pesos que Juan le debe. Sin embargo, la compensación podría verificarse si el "despojado" la consiente.

C. Obligaciones derivadas de alimentos, salario mínimo y renta vitalicia

La compensación no es procedente, conforme a las fracciones tercera, cuarta y quinta del artículo 2192, respecto de créditos alimentarios o derivados de un contrato de renta vitalicia o del salario mínimo. La falta de idoneidad de estos créditos para ser compensados se basa en la necesidad de su titular de cobrarlos para poder sobrevivir.[30]

D. Obligaciones no compensables por disposición de la Ley o por su fuente

La fracción sexta del artículo 2192 excluye la compensación de deudas que "fueren de cosa que no puede ser compensada, ya sea por disposición de la ley o por el título de que procede".

La falta de compensación por disposición de Ley es redundante, por lo que debería derogarse.

La falta de compensación por la fuente —título— de que procede una obligación es una hipótesis más de falta de compensación por disposición legal. También debería derogarse.

III. Al que en los términos de las fracciones anteriores, cometa despojo de aguas..."

27 C. 4. 31. 14. §2 "Más no se les da la compensación a los que malamente ocupan una posesión ajena."

28 *Cfr.* Pothier, *op. cit.*, p. 391.

29 *Cfr.* Mateos Alarcón, *op. cit.*, p. 266.

30 En sentido similar Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 1008 y 1009.

El legislador permitió la compensación en uno y otro caso siempre que "ambas deudas fueren igualmente privilegiadas". Entendemos que las deudas cuya compensación esté prohibida por Ley pueden compensarse con otras emanadas de la misma fuente o sujetas a la misma restricción. Por ejemplo, dos créditos por alimentos vencidos deben poder compensarse entre sí.

E. Obligaciones derivadas del depósito

La compensación tampoco es procedente si una de las deudas es "de cosa puesta en depósito". Esta limitante también proviene del Derecho Romano.

En el supuesto que nos ocupa la compensación puede llevarse a cabo si el depositante la consiente.

F. Obligaciones fiscales

La última fracción del artículo 2192 impide la compensación de obligaciones fiscales, es decir, de las derivadas de la actualización de hipótesis de Derecho Tributario.

Algunos autores justifican esta limitante con base en la prevalencia de las necesidades colectivas sobre las individuales.[31] Otros se apoyan en el carácter sólvente del Estado.[32]

Si bien las obligaciones fiscales no pueden ser compensadas con cualesquier créditos que tuviere el particular contra el Estado, sí pueden serlo con los de carácter fiscal.[33] Lo anterior constituye una aplicación de la excepción prevista por la fracción sexta del artículo 2192, estudiada anteriormente, consistente en que dos deudas no compensables pueden compensarse entre sí si son igualmente privilegiadas.

G. Obligaciones cuya compensación pueda afectar derechos de terceros

La compensación no puede darse si el resultado perjudica derechos de terceros. Esta restricción se encuentra prevista por el siguiente artículo:

Art. 2205.—La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero legítimamente adquiridos.

31 Mateos Alarcón, *op. cit.*, p 268.

32 Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 716.

33 Artículo 23 del Código Fiscal de la Federación y Artículo 51 del Código Fiscal del Distrito Federal.

La *ratio iuris* del numeral trascrito es evitar que sean lesionados derechos "legítimamente adquiridos" por un tercero. La Doctrina denomina créditos *expeditos* a aquellos cuya compensación puede llevarse a cabo sin menoscabar derechos de terceros.[34] Ejemplos de créditos *no expeditos* son los embargados, los dados en prenda y los del concursado.[35]

VII. EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN

El efecto esencial de la compensación es extinguir las obligaciones respectivas hasta por el importe de la menor.

A. Extinción *ipso iure*

La compensación produce su efecto extintivo *por ministerio de Ley*, desde el instante en que se cumplen los requisitos examinados en páginas precedentes:

> Art. 2194.—La compensación, desde el momento en que es hecha legalmente, produce sus efectos de pleno derecho y extingue todas las obligaciones correlativas.

No obstante lo previsto por el artículo trascrito, la Doctrina resalta la necesidad de que la compensación sea opuesta en juicio:

> Ahora bien —afirma Bonnecase—, ésta —la compensación— se opera de pleno derecho; sólo por autoridad de la ley desaparecen las deudas hasta la concurrencia de la menor. Sin embargo, para beneficiarse con la compensación, es necesario que se oponga judicialmente; los tribunales no pueden de oficio, suplir el silencio de los interesados.[36]

En efecto, aún cuando la compensación opera de pleno Derecho es necesario hacerla valer en el proceso o de lo contrario el demandado podrá ser condenado a pagar. Lo anterior resulta de que la sentencia es fuente de consecuencias jurídicas.[37]

En nuestra opinión la sentencia que condena a una persona a pagar una deuda compensada hace que ésta *y la del demandante* vuelvan a existir.

[34] Castán Tobeñas, t. 3, *op. cit.*, p. 407.
[35] Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 1005 y 1006.
[36] Bonnecase, *op. cit.*, p. 917.
[37] *Cfr.* Rojina Villegas, v. 1, *op. cit.*, p. 570.

B. Deudas de diferente cuantía

Para que la compensación opere no es necesario que las deudas que vayan a extinguirse sean de igual cuantía. En caso de que uno de los deudores deba más o menos que el otro será aplicable lo siguiente:

> Art. 2186.—El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor.
>
> Art. 2191.—Si las deudas no fueren de igual cantidad, hecha la compensación, conforme al artículo 2186, queda expedita la acción por el resto de la deuda.

De los artículos trascritos se desprende que la compensación siempre habrá de extinguir en su totalidad una de las dos deudas. La extinción de la otra será total si es de igual cuantía y será parcial si es de mayor.

C. Extinción de los accesorios

La compensación extingue también los accesorios de las deudas correlativas, particularmente las garantías y los intereses.

Si la extinción de una de las obligaciones es parcial subsistirán sus accesorios en igual proporción, excepto cuando se trate de garantías hipotecarias o prendarias, las cuales, en principio, subsistirán íntegramente.[38]

D. Imputación del pago

Puede ocurrir que dos personas sean acreedoras y deudoras recíprocas y que una tenga contra las otra varios créditos susceptibles de compensarse.

Por ejemplo, supóngase que Juan tiene tres créditos exigibles contra Luis: uno por mil pesos, otro por dos mil y otro más por tres mil. Piénsese que Luis se convierte en acreedor de Juan por la cantidad de quinientos pesos ¿a cuál de sus tres obligaciones deberá imputarse esta cantidad?

El Código Civil resuelve la interrogante planteada en el siguiente artículo:

> Art. 2196.—Si fueren varias las deudas sujetas a compensación, se seguirá, a falta de declaración, el orden establecido en el artículo 2093.

La norma trascrita permite al deudor elegir la obligación a la que habrá de imputarse el crédito que tiene contra el acreedor. A falta de elección remite a

[38] Artículos 2890 y 2911.

las reglas sobre imputación del pago, que estudiamos en el capítulo trigésimo sexto de este libro.[39]

E. "PAGO" DE UNA DEUDA EXTINGUIDA POR COMPENSACIÓN

Cabe preguntar qué sucede si una persona "paga" una deuda que fue extinguida por compensación.

Por ejemplo, supóngase que Juan debe un millón de pesos a Luis y que posteriormente éste deviene deudor de aquél por la misma cantidad. Piénsese que ambas obligaciones son exigibles y pagaderas en el mismo lugar. En esta hipótesis una y otra se habrán compensado por ministerio de Ley, pero ¿qué pasa si Juan "paga" la suya?

El Código Civil ofrece la siguiente solución:

> ART. 2195.—El que paga una deuda compensable, no puede, cuando exija su crédito que podía ser compensado, aprovecharse, en perjuicio de tercero, de los privilegios e hipotecas que tenga a su favor al tiempo de hacer el pago; a no ser que pruebe que ignoraba la existencia del crédito que extinguía la deuda.

El artículo trascrito permite a quien hizo el "pago" exigir su crédito compensado, pero le impide prevalerse, en perjuicio de tercero, de los privilegios e hipotecas que hubiese tenido en su favor al momento de "pagar".

Volviendo a nuestro ejemplo, si Juan "paga" podrá exigir a Luis lo que éste le debía, pero si la obligación del último hubiese sido garantizada con una hipoteca constituida por un tercero no podrá aprovecharla.

El artículo 2195 permite a quien hizo el "pago" beneficiarse de los privilegios e hipotecas, incluso en perjuicio de tercero, si prueba que "ignoraba la existencia del crédito que extinguía la deuda".

En nuestra opinión lo previsto por el artículo 2195 no podría ser más incorrecto.

En primer lugar, quien "paga" una deuda *extinguida por compensación* en realidad no efectúa pago alguno. El pago es el cumplimiento de una obligación y para que haya debe haber obligación.

[39] "ART. 2093.—Si el deudor no hiciere la referida declaración, se entenderá hecho el pago por cuenta de la deuda que le fuere más onerosa entre las vencidas. En igualdad de circunstancias, se aplicará a la más antigua; y siendo todas de la misma fecha, se distribuirá entre todas ellas a prorrata."

En segundo término, el autor del "pago" no puede exigir a su receptor lo que le debía, ya que la deuda del último también fue *extinguida por compensación*. Lo que tendrá en su contra será una acción de enriquecimiento ilegítimo.[40]

En tercer orden, consideramos desacertado que quien hizo el pago pueda prevalecerse, en perjuicio de tercero, de los privilegios e hipotecas siempre que pruebe que "ignoraba la existencia del crédito que extinguía la deuda". La ignorancia debe perjudicar al ignorante antes que a terceros.[41] La redacción del Código Napoleón era menos reprochable, ya que exigía una "*justa causa para no haber sabido* el crédito que debía compensar su deuda" (artículo 1299).

Concluimos que el artículo 2195 debería derogarse, quedando el supuesto de referencia sujeto a las normas sobre enriquecimiento ilegítimo.

[40] Ésta es precisamente la solución que daba el Derecho Romano: D. 16. 2. 10. §1 "Si, pues, pudiendo alguno compensar hubiere pagado, podrá reclamarlo por la condicción; como habiendo pagado lo no debido". "*Si quis igitur compensare potuns solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto*".

[41] No encontramos del todo satisfactorio el argumento que ofrecía Pothier para justificar la subsistencia de los privilegios e hipotecas: "La razón —señala— está en que siendo la compensación una ficción de la ley, que finge que las partes han pagado respectivamente tan pronto ellas han devenido acreedores y deudoras a la vez unas de otras, esta ficción que se establece en favor de las partes entre las que la compensación se hace no debe tener lugar más que tanto que no les sea perjudicial y que no las induzca a error, pues un beneficio de la ley no puede nunca ser perjudicial a aquel a quien la ley lo concede: *Beneficium legis non debet esse captiosum*" (*op. cit.*, p. 403).

CAPÍTULO QUINCUAGÉSIMO SEXTO

CONFUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Para que haya obligación es necesario que el acreedor y el deudor sean personas distintas, atendiendo a que nadie puede deberse a sí mismo. Si los caracteres de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona respecto de una misma obligación ésta se extingue por confusión.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

El principio consistente en que la obligación debe conformarse por personas distintas fue reconocido por el Derecho Romano.[1]

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló la confusión en una Sección intitulada "De la confusión de derechos", ubicada dentro del Capítulo relativo a la extinción de las obligaciones.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Reglamentó la confusión en un Capítulo denominado "De la confusión de derechos", ubicado dentro del Título sobre la extinción de las obligaciones.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

No prevé la confusión por considerarla un fenómeno jurídico evidente.[2]

---

[1] *Cfr.* D'ORS, *op. cit.*, p. 431.

[2] *Cfr.* ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 376.

III. CONCEPTO DE CONFUSIÓN

El Código Civil prevé el siguiente concepto de confusión:

> ART. 2206.—La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona...

Partiendo de la norma trascrita definimos la confusión como una causa de extinción de las obligaciones que se actualiza cuando una persona reúne los caracteres de acreedor y de deudor respecto de una misma deuda.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Causa de extinción de las obligaciones

La confusión es una causa de extinción de las obligaciones, lo que se desprende del artículo 2206.

No obstante la claridad con que los ordenamientos de corte francés estatuyeron el carácter extintivo de la confusión, éste no ha sido unánimemente admitido por la Doctrina. Algunos autores, fundándose en los textos romanos, ven en la confusión una hipótesis de improcedencia de la acción, más que de extinción de la deuda. Otros juristas encuentran en la confusión un supuesto de imposibilidad transitoria de cumplimiento.[3]

Por nuestra parte nos ceñimos al texto del artículo 2206 y consideramos a la confusión una causa de extinción de las obligaciones. Para que haya obligación se requiere relación jurídica y para que haya relación jurídica deben haber cuando menos dos personas.

- Una persona reúne los caracteres de acreedor y de deudor

Para que haya confusión es necesario que una persona adquiera la calidad de acreedora y de deudora respecto de una misma obligación. El supuesto más común en que esto acontece es la sucesión hereditaria.[4]

- Una misma deuda

La confusión se da respecto de una sola deuda, a diferencia de la compensación, que presupone la existencia de dos.

[3] MATEOS ALARCÓN, *op. cit.*, p. 309.

[4] Por ejemplo, supóngase que Juan debe mil pesos a Luis y que éste fallece dejándolo a aquél como único y universal heredero. En esta hipótesis Juan heredará a Luis y el crédito se extinguirá por confusión.

IV. EFECTOS DE LA CONFUSIÓN

Por regla general la confusión extingue de pleno Derecho la obligación y sus accesorios, tan pronto como se hallen reunidos en una misma persona los caracteres de acreedor y de deudor.

A. ALCANCE DE LA EXTINCIÓN

La extinción de la obligación que opera por confusión puede ser *total* o *parcial*.

Es *total* si las calidades de acreedor y de deudor son reunidas por una misma persona respecto de toda la deuda. Es *parcial* si solo se reúnen respecto de una porción del crédito.

Por ejemplo, si un arrendatario adquiere derechos de copropiedad sobre el inmueble arrendado el contrato no deberá darse por concluido en su totalidad, sino solo parcialmente. Un criterio similar fue sostenido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.[5]

B. CONFUSIÓN EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS

El Código Civil prevé lo siguiente para el caso de que la confusión se dé respecto de una obligación solidaria:

> ART. 2207.—La confusión que se verifica en la persona del acreedor o deudor solidario, sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito o deuda.

Lo dispuesto por la norma trascrita contradice lo preceptuado por la siguiente:

> ART. 1991.—La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación.

La contradicción entre los numerales citados es clara: conforme al artículo 2207 la confusión que se da respecto de uno de los acreedores o deudores

[5] Tesis de rubro: "CONFUSIÓN DE DERECHOS, LA REUNIÓN DE LAS CALIDADES DE ARRENDATARIO Y COPROPIETARIO DE UNA COSA, NO EXTINGUE EL ARRENDAMIENTO POR", Registro No. 221330, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VIII, noviembre de 1991, Página: 182, Tesis: I.4o.C.162 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil

solidarios extingue la deuda *en la parte que a éstos corresponde*, mientras que de acuerdo con el 1991 la extingue *en su totalidad*.

La diferencia entre una y otra disposición puede apreciarse en el siguiente ejemplo: supóngase que Juan y Luis deben solidariamente y por partes iguales cien mil pesos a Pedro y que posteriormente éste transmite su crédito al primero. Conforme al artículo 2207 la confusión acaecida en la persona de Juan extinguirá la obligación en un cincuenta por ciento, mientras que conforme al 1991 la extinguirá en su totalidad.

Bejarano Sánchez ofrece la siguiente interpretación: "La contradicción entre los arts. 1991 y 2207 es sólo aparente —afirma—: el primero dispone la extinción de la relación principal (acreedor-codeudores), mientras que el segundo destaca la supervivencia de la relación jurídica interna subyacente (codeudores entre sí)".[6]

C. Confusión en las adquisiciones por herencia

Anteriormente mencionamos que uno de los escenarios más frecuentes de confusión es la sucesión hereditaria. El Código Civil prevé lo siguiente con relación a este supuesto:

> Art. 2208.—Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél.

Lo dispuesto por el numeral trascrito impide que se produzca la confusión durante el periodo comprendido entre el fallecimiento del autor de la herencia y el momento anterior a la partición. La partición es, en palabras del maestro Asprón Pelayo: "el acto jurídico por medio del cual las partes abstractas e indivisas —de la masa hereditaria— se convierten en concretas y divisas".[7]

Antes de la partición (que es un acto posterior a la aceptación de herencia) el heredero tiene su patrimonio dividido en dos: una parte aglomera sus derechos y obligaciones ordinarios, mientras que la otra los adquiridos por herencia. La partición hace cesar la afectación patrimonial[8] y produce la confusión.

V. Cesación de la confusión

La parte final del artículo 2206 establece:

[6] Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 442.

[7] Asprón Pelayo, Juan Manuel, *Sucesiones*, 2ª ed., McGraw-Hill, México, 2002, p. 179.

[8] Véase Patricio Garza Bandala, *Las afectaciones patrimoniales en Derecho Civil, reflexiones en torno a la indivisibilidad del patrimonio*, Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 2002.

> Art. 2206.—...La obligación renace si la confusión cesa.

La Doctrina anota diversas causas por las cuales puede "cesar" la confusión.[9] De entre ellas destacan la "pérdida" de derechos hereditarios frente a quien tiene mejor derecho a heredar y el cumplimiento de la condición resolutoria a que se sujetó el negocio que dio lugar a la confusión. Es de cuestionar que en uno y otro caso siquiera haya habido confusión.

Por lo que se refiere a la "privación" de derechos hereditarios derivada del reconocimiento de un mejor derecho a heredar, opinamos que no se trata de un supuesto en que la confusión cese, sino de uno en que nunca tuvo lugar:

Por ejemplo, supóngase que Juan era deudor de Luis y que aquél "heredó" a éste con base en un testamento otorgado en 2008. Al mes siguiente de tramitada la sucesión aparece un tercero que afirma ser heredero de Luis de acuerdo con un testamento otorgado en 2010. Una vez que se reconozca el mejor derecho del tercero la obligación de Juan "renacerá", dado que, en apariencia, dejará de haber confusión; sin embargo, en realidad nunca la hubo, ya que, en estricto sentido, Juan nunca fue heredero de Luis.

Algo similar ocurre si se cumple la condición resolutoria a que se sujetó el negocio que produjo la confusión:

Por ejemplo, supóngase que Juan es deudor de Luis y que éste cede su crédito a aquél bajo la condición resolutoria de que consiga un bono de trabajo. Si la condición se cumple los efectos de la cesión se destruirán retroactivamente como si ésta, y la confusión consiguiente, nunca hubiesen tenido lugar (artículo 1940). El crédito de Luis no "renacerá" sino que, derivado del efecto retroactivo de la condición, nunca se habrá extinguido.

Concluimos que la mayoría de los supuestos que se plantean como de "cesación de la confusión" son en realidad hipótesis en que no la hubo.

[9] Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 719; Von Thur, t. 2, *op. cit.*, p. 156; Enneccerus, Kipp y Wolff, t. 2, v. 1, *op. cit.*, p. 377.

CAPÍTULO QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO

REMISIÓN DE DEUDA

I. INTRODUCCIÓN

El acreedor puede renunciar a su derecho siempre que la Ley no lo prohíba. Un sector de la Doctrina considera que la extinción del crédito puede verificarse por su sola voluntad, mientras que otro opina que también se requiere el consentimiento del deudor. Ambas posturas serán comentadas en este capítulo.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

La remisión de deuda encuentra su antecedente romano en la *acceptilatio* y en el *pactum de non petendo*.

B. CÓDIGO NAPOLEÓN

Reguló la remisión de deuda en una Sección intitulada "De la quita o perdón de la deuda", ubicada dentro del Capítulo relativo a la extinción de las obligaciones.

C. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Reglamentó la remisión de deuda dentro de un Capítulo ubicado en el Título concerniente a la extinción de las obligaciones.

D. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

Regula la remisión de deuda dentro de un Título denominado "Condonación" ubicado dentro de la Sección sobre la extinción de las relaciones obligatorias.

III. CONCEPTO DE REMISIÓN DE DEUDA

El Código Civil conceptualiza la remisión de deuda como una renuncia de derechos:

> ART. 2209.—Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe.

Desde el punto de vista doctrinal la remisión de deuda es un negocio jurídico unilateral otorgado por el titular de un derecho de crédito con el objeto de extinguirlo sin recibir algo a cambio.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta:

- Negocio jurídico

La remisión es un negocio jurídico, es decir, un acontecimiento voluntario encaminado a producir consecuencias de Derecho y que las produce precisamente por la voluntad, estando facultado su otorgante para regularlas.

- Unilateral

La remisión es un negocio jurídico unilateral, lo que significa que requiere la voluntad de una o más personas que tengan el mismo interés jurídico.

El carácter unilateral de la remisión es puesto en duda por un sector de la Doctrina, como veremos más adelante.

- Titular de un derecho de crédito

La remisión debe ser otorgada por el titular de un derecho de crédito, es decir, por la persona en cuyo patrimonio yace aquél.

- Con el objeto de extinguirlo

El efecto esencial de la remisión es extinguir el derecho de crédito de quien la efectúa. La extinción puede ser total o parcial: en el primer caso el negocio recibe el nombre de "remisión", en el segundo el de "quita".

- Sin recibir algo a cambio

Para que haya remisión el acreedor debe extinguir su crédito sin obtener algo a cambio, lo que le confiere carácter de liberalidad.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ

A. ELEMENTOS ESENCIALES

a) VOLUNTAD

Para que haya remisión se requiere la voluntad del titular del crédito que pretende extinguirse.

1. *Participación del deudor*

En nuestra Doctrina la tesis que considera a la remisión como un acto jurídico unilateral es la que ha recibido mayor aceptación. Se pronuncian en su favor autores como Borja Soriano,[1] Gutiérrez y González,[2] Rojina Villegas,[3] Martínez Alfaro,[4] y De la Peza Muñoz Cano.[5] Sin embargo, juristas como Bejarano Sánchez defienden la tesis de la bilateralidad.[6]

Por nuestra parte consideramos que la remisión de deuda puede otorgarse, por regla general, como acto jurídico unilateral. Fundamos nuestra opinión en lo siguiente:

Primero, en el lenguaje utilizado por el legislador.[7] El artículo 2209 inicia con las palabras "cualquiera puede renunciar su derecho...". La renuncia es por esencia un acto unilateral. Cierto es que en ocasiones debe ser *aceptada* para que produzca efectos,[8] pero la *aceptación* es un acto distinto que no la configura: es más, para que haya aceptación, primero debe haber renuncia. En tratándose de la remisión de deuda el legislador no exigió que sea *aceptada* por el obligado, por lo que no es válido supeditar su eficacia al otorgamiento de otro acto sin que haya una norma que así lo ordene.

Segundo, en que la unilateralidad de la remisión es congruente con el principio que autoriza a los particulares a alterar patrimonios ajenos siempre que sea con el propósito de atribuirles beneficios. En este principio descansa la fuerza productora de consecuencias jurídicas de la declaración unilateral de voluntad.

---

1 BORJA SORIANO, *op. cit.*, pp. 645 y 646.
2 GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 996.
3 ROJINA VILLEGAS, v. 2, *op. cit.*, p. 653.
4 MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 441.
5 DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, p. 158.
6 *Cfr.* BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 443.
7 En igual sentido BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 645.
8 Como sucede con la renuncia al cargo de Presidente de la República, que debe ser aceptada por el Congreso de la Unión para que surta efectos, como disponen los artículos 73 y 86 de la Constitución Federal.

Tercero, en que las razones de índole social o moral que pudiere tener el deudor para rechazar la remisión unilateral no deben anteponerse a los provechos económicos y/o jurídicos que resultan de ella (como evitar que los Tribunales ocupen más tiempo del necesario en conocer de contiendas que promuevan quienes *insistan* en cumplir su obligación).

Cuarto, en que la llamada inordinación, es decir, el derecho que tiene el deudor de cumplir con su obligación, es una facultad que presupone la existencia de la deuda y cuya extinción generalmente no le perjudica.

No obstante lo expresado, reconocemos que hay escenarios en que el deudor puede verse jurídica o económicamente afectado por la extinción de su obligación:

Por ejemplo, supóngase que una persona que inicia su carrera en el mundo de la actuación es contratada por una importante empresa cinematográfica para que aparezca en una de sus películas. A cambio de su participación el actor acepta recibir una insignificante suma de dinero, en el entendido de que el solo hecho de aparecer en el filme le dará mayores beneficios a largo plazo. Piénsese que la empresa decide sustituir al actor por otra persona, ofreciendo liquidar sus honorarios y remitir todas las obligaciones que contrajo para con ella. En esta hipótesis la remisión de la obligación *de aparecer en el filme* causará al actor un grave perjuicio, ya que dejará de obtener la proyección esperada. Incluso es posible que haya rechazado otras ofertas contando con que participaría en la película de la que pretende removérsele.

En casos como el planteado tiene sentido que el acreedor no pueda liberar al deudor sin su consentimiento. La insistencia del último en pagar atenderá a un interés digno de ser jurídicamente protegido y no a un mero capricho.

2. *Participación de un tercero*

En ocasiones es necesario que la remisión sea consentida por un tercero para que surta efectos. Esto sucede si alguien distinto del acreedor es titular de un derecho principal o de garantía sobre el crédito que pretende extinguirse.[9]

Lo afirmado coincide con lo previsto por el artículo sexto del Código Civil.

3. *Manera de manifestar la voluntad*

La remisión, como toda renuncia, debe ser expresa. Lo anterior se desprende de las disposiciones generales del Código Civil (artículo 7) y de algunos criterios judiciales.[10]

[9] *Cfr.* VON THUR, t. 2, *op. cit.*, p. 144.

[10] Tesis de rubro: "RENTAS, RENUNCIA AL COBRO DE LAS", Registro No. 352211, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXIII, Página: 7026, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

Sin embargo, en algunos supuestos el legislador permitió la renuncia tácita.[11]

Por lo que respecta a la remisión, los Códigos Civiles anteriores al de 1928 establecieron diversas hipótesis cuya actualización hacía presumir la voluntad del acreedor de extinguir su crédito (principalmente que hubiere entregado al deudor el documento justificativo de él).[12] La legislación vigente solo conserva la siguiente:

> ART. 2212.—La devolución de la prenda es presunción de la remisión del derecho a la misma prenda, si el acreedor no prueba lo contrario.

La norma trascrita alude a la "devolución de la prenda", es decir, a la del bien sobre el cual se constituyó esta garantía. La restitución hace presumir la renuncia al derecho real de prenda, pero no la del crédito principal:

Por ejemplo, supóngase que Juan debe a Luis diez mil pesos y que el primero entregó al segundo un reloj en prenda. Si Luis devuelve el reloj a Juan —es decir, "la prenda"— se presumirá que abdica de su derecho real de garantía, pero no de su crédito de diez mil pesos.

La presunción prevista por el artículo 2212 es *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario: el acreedor puede demostrar que devolvió el bien por cualquier causa distinta de la remisión y que, por lo tanto, conserva su derecho real de garantía.

Fuera del caso indicado la remisión debe otorgarse *expresamente* para que surta efectos.

b) OBJETO

El objeto de la remisión de deuda es extinguir un derecho de crédito.

El artículo 2209 permite al acreedor remitir su derecho "excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe".

En ocasiones la Ley prohíbe la renuncia de un derecho con el fin de proteger al acreedor.[13] En otros supuestos la remisión es prohibida con el fin de evitar un resultado antijurídico.[14]

B. ELEMENTOS DE VALIDEZ

Los elementos de validez de la remisión de deuda se rigen conforme a la Teoría General de las Obligaciones.

[11] Tal es el caso de la renuncia a la prescripción ganada (artículo 1142).

[12] Artículo 1650 del Código Civil de 1884.

[13] Así sucede con la obligación alimentaria (artículo 321).

[14] Así sucede con la renuncia a la responsabilidad civil derivada del dolo (artículo 2106).

V. EFECTOS DE LA REMISIÓN DE DEUDA

A. Extinción de la obligación principal y de los accesorios

El efecto esencial de la remisión es extinguir la obligación principal junto con sus accesorios:

> Art. 2210.—La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejan subsistente la primera.

Lo previsto por la disposición trascrita constituye una aplicación del principio "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

Anteriormente dijimos que la remisión puede ser total o parcial: en el primer caso recibe el nombre de remisión, en el segundo el de quita. Esta terminología es empleada en algunos artículos del Código Civil.[15]

Solo las obligaciones de solución divisible son susceptibles de reducirse por quita. Ésta deja subsistente el crédito principal y sus accesorios parcialmente, en la parte que no fue objeto de ella, sin embargo, las garantías reales subsisten íntegramente a menos que otra cosa se haya dispuesto.[16]

B. Remisión en favor de uno de los cofiadores

El Código Civil prevé lo siguiente para el caso de que el acreedor libere a uno de los cofiadores:

> Art. 2211.—Habiendo varios fiadores solidarios, el perdón que fuere concedido solamente a alguno de ellos, en la parte relativa a su responsabilidad, no aprovecha a los otros.

[15] Artículos 2008 y 2847.
[16] Artículos 2890 y 2911.

Capítulo Quincuagésimo Octavo
PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

I. INTRODUCCIÓN

La obligación se extingue por prescripción si el acreedor no exige su cumplimiento durante el tiempo fijado por la Ley.

La palabra prescripción es equívoca: el Código Civil la utiliza tanto para referirse a la adquisición de derechos derivada de la posesión que se ejerce continuamente sobre un bien a título de propietario como para designar la liberación de deudas que se verifica por el solo transcurso del tiempo. En el primer caso estamos frente a la *prescripción positiva* o *usucapión*, en el segundo frente a la *prescripción negativa* o *liberatoria*.

El hecho de que ambas figuras se encuentren reguladas dentro del mismo Título y estén sometidas a disposiciones comunes es fuente de inconsistencias que haremos ver más adelante. En este capítulo nos ocuparemos exclusivamente de la *prescripción negativa*, a la que habremos de referirnos simplemente como prescripción.

A continuación desarrollaremos los antecedentes históricos de la prescripción, analizaremos su concepto, sus requisitos, sus efectos, su interrupción, su suspensión y su renuncia. Finalizaremos con un apartado sobre la caducidad.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Derecho Romano

Los romanistas estudian la prescripción como una causa de extinción de las acciones, no de las obligaciones.

B. Código Napoleón

Reguló la prescripción positiva y la negativa dentro de un mismo Título ubicado en el Libro relativo a los diferentes modos de adquirir el dominio.

C. Código Civil de 1884

Al igual que su antecesor francés reguló la prescripción positiva y la negativa dentro de un mismo Título.

D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

Regula la prescripción negativa y la usucapión en Libros distintos. La primera en el Libro Primero, intitulado "Parte General". La segunda en el Libro Tercero, denominado "Derecho de Cosas".

III. CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN

El legislador de 1928 siguió la tradición francesa y reguló la prescripción positiva y la negativa dentro de un mismo Título, ubicado en el Libro relativo a los bienes. Se apartó de la tendencia moderna, consistente en desarrollar ambas figuras en apartados distintos.[1]

El Título que el Código Civil destina a la prescripción inicia con el siguiente artículo:

> Art. 1135.—Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.

De la definición trascrita se desprende que el efecto de la prescripción puede ser *adquisitivo* o *liberatorio* y que ambos operan por el transcurso del tiempo y bajo las condiciones previstas por la Ley.

La prescripción que nos interesa en este capítulo es la que tiene efecto *liberatorio*, llamada por la Ley "negativa":

> Art. 1136.—La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; *la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.*

Desde el punto de vista doctrinal la prescripción es una causa de extinción de las obligaciones que se verifica por no exigir el acreedor su cumplimiento durante el plazo fijado por la Ley.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta:

[1] *Cfr.* Castán Tobeñas, t. 1, v. 2, *op. cit.*, p. 948.

- Causa de extinción de las obligaciones

La prescripción es una causa de extinción de las obligaciones. En palabras del legislador: es una hipótesis cuya actualización *libera* al deudor de ellas.

- Por no exigir el acreedor su cumplimiento

Para que haya prescripción el acreedor debe abstenerse de reclamar el pago durante el tiempo que marca la Ley.

La prescripción cumple diversos propósitos: sirve de sanción al acreedor omiso y confiere tranquilidad al deudor.[2]

- Durante el plazo fijado por la Ley

La Ley es la que determina el plazo que debe transcurrir para que un crédito se extinga por prescripción. Se discute si los particulares pueden convenir periodos menores o mayores que los establecidos por el legislador, tema que abordaremos más adelante.

IV. REQUISITOS PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN

Para que haya prescripción deben cumplirse tres requisitos:

1. Que el crédito sea extinguible por prescripción;
2. Que transcurra el tiempo fijado por la Ley; y
3. Que no se actualice una hipótesis de interrupción o de suspensión.

Procederemos a comentar cada uno.

A. Obligación prescriptible

La prescripción presupone una relación obligatoria que, valga la redundancia, sea prescriptible.

Por regla general todos los derechos de crédito son extinguibles por prescripción. Las excepciones a esta regla pueden tener su origen en la Ley o en el arbitrio judicial.

a) Obligaciones imprescriptibles por disposición legal

Algunas relaciones jurídicas no son susceptibles de extinguirse por prescripción, por existir una disposición legal que así lo ordene. Esto ocurre con la obligación alimentaria:

> Art. 1160.—La obligación de dar alimentos es imprescriptible.

[2] *Cfr.* Von Thur, t. 2, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

b) OBLIGACIONES IMPRESCRIPTIBLES POR ARBITRIO JUDICIAL

Los Tribunales han encontrado otros derechos imprescriptibles, como el que tiene el adquirente de un inmueble para exigir al enajenante el otorgamiento de la escritura pública respectiva.[3]

B. TRANSCURSO DEL TIEMPO FIJADO POR LA LEY

El segundo requisito que debe cumplirse para que opere la prescripción es que transcurra el plazo fijado por la Ley para cada caso:

ART. 1158.—La prescripción negativa se verifica por el sólo *transcurso del tiempo fijado por la ley.*

a) PLAZO GENERAL DE PRESCRIPCIÓN

El Código Civil establece el siguiente plazo general de prescripción:

ART. 1159.—Fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento.

De acuerdo con el artículo 1159 los 10 años comienzan a correr "desde que una obligación pudo exigirse".

b) PLAZOS ESPECIALES DE PRESCRIPCIÓN

El plazo general de diez años previsto por el artículo 1159 admite diversas excepciones. Algunas se encuentran diseminadas a lo largo del Código Civil, otras fueron concentradas en el Capítulo sobre la prescripción negativa. Por razones de espacio solo nos ocuparemos de estas últimas.

1. *Prescripción de 2 años*

La Ley establece un plazo de prescripción de 2 años a las siguientes deudas:

ART. 1161.—Prescriben en dos años:

I. Los honorarios, sueldos, salarios, jornales u otras retribuciones por la prestación de cualquier servicio. La prescripción comienza a correr desde la fecha en que dejaron de prestarse los servicios;

[3] Tesis de rubro: "COMPRAVENTA DE INMUEBLES. ES IMPRESCRIPTIBLE EL DERECHO DE EXIGIR EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA RESPECTIVA", Registro No. 231123, Localización: Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Segunda Parte-1, enero-junio de 1988, Página: 178, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

II. La acción de cualquier comerciante para cobrar el precio de objetos vendidos a personas que no fueren revendedoras.

La prescripción corre desde el día en que fueron entregados los objetos, si la venta no se hizo a plazo;

III. La acción de los dueños de hoteles y casas de huéspedes para cobrar el importe del hospedaje; y la de éstos y la de los fondistas para cobrar el precio de los alimentos que ministren.

La prescripción corre desde el día en que debió ser pagado el hospedaje, o desde aquel en que se ministraron los alimentos;

IV. La responsabilidad civil por injurias ya sean hechas de palabra o por escrito, y la que nace del daño causado por personas o animales, y que la ley impone al representante de aquéllas o al dueño de éstos.

La prescripción comienza a correr desde el día en que se recibió o fue conocida la injuria o desde aquel en que se causó el daño;

V. La responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyan delitos.

La prescripción corre desde el día en que se verificaron los actos.

De las obligaciones previstas por la fracción primera del artículo trascrito solo la de honorarios y la de retribuciones por servicios son civiles. Las de sueldos, salarios, y jornales son materia de la Ley Federal del Trabajo.[4]

La fracción segunda se refiere al derecho que tienen los comerciantes para cobrar el precio de objetos vendidos *a quienes no son revendedores.* Si los adquirentes fueran revendedores el supuesto se regiría por el Código de Comercio (artículo 1043 f. I).

La fracción tercera no amerita mayor comentario.

Con relación a los supuestos previstos por las fracciones cuarta y quinta, remitimos a lo comentado en el capítulo vigésimo primero de este libro.

2. *Prescripción de 5 años*

Las siguientes obligaciones tienen un periodo de prescripción de cinco años:

- Prestaciones periódicas

Las prestaciones que deben efectuarse periódicamente prescriben en 5 años:

ART. 1162.—Las pensiones, las rentas, los alquileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su vencimiento, quedarán prescritas en cinco años, contados desde el vencimiento de cada una de ellas, ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción personal.

[4] Este ordenamiento establece un plazo general de prescripción de un año (artículo 516).

Si las prestaciones periódicas se efectúan con motivo de préstamos de capital, la obligación de devolver éste prescribirá de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 1163.—Respecto de las obligaciones con pensión o renta, el tiempo de la prescripción del capital comienza a correr desde el día del último pago, si no se ha fijado plazo para la devolución; en caso contrario, desde el vencimiento del plazo.

Un ejemplo permitirá comprender mejor la regla prevista por el artículo 1163:

Supóngase que Juan presta a Luis un millón de pesos y éste se obliga a pagar por concepto de intereses diez mil pesos mensuales durante un año. Dado que los intereses son "prestaciones periódicas" la obligación de pagarlos prescribirá cinco años después de su respectiva fecha de vencimiento. En cambio, la obligación de devolver el capital —es decir, el millón de pesos— estará sujeta al plazo general de prescripción de 10 años. El artículo 1163 pretende responder a partir de qué momento comienza a correr éste: si las partes fijaron un término para la devolución del capital, el plazo de prescripción iniciará desde su vencimiento; si nada previeron, el plazo correrá desde el día en que se efectuó el último pago de intereses.

- Rendición de cuentas

La obligación de rendir cuentas también prescribe en 5 años:

> ART. 1164.—Prescribe en cinco años la obligación de dar cuentas. En igual término se prescriben las obligaciones líquidas que resulten de la rendición de cuentas. En el primer caso la prescripción comienza a correr desde el día en que el obligado termina su administración; en el segundo caso, desde el día en que la liquidación es aprobada por los interesados o por sentencia que cause ejecutoria.

En otra ocasión explicamos que la obligación de rendir cuentas comprende dos conductas: informar sobre la manera en que fue ejecutado un encargo y entregar los bienes que fueron recibidos a consecuencia suya.[5] Una y otra se encuentran comprendidas en el texto del artículo 1164.

c) MANERA DE COMPUTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Los plazos de prescripción deben computarse de acuerdo con las reglas previstas por los artículos 1176 a 1180. Estas disposiciones fueron analizadas en el capítulo vigésimo sexto de este libro.

[5] RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos... op. cit.*, pp. 259 y 260.

d) MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

En este inciso resolveremos si los particulares pueden alterar los plazos de prescripción previstos por la Ley. Distinguiremos entre su acortamiento y su alargamiento.

1. *Acortamiento de los plazos de prescripción*

En nuestro Derecho la opinión dominante es que los particulares no pueden disminuir los plazos de prescripción previstos por la Ley. Borja Soriano[6] y Gutiérrez y González[7] sostienen este criterio con base en el siguiente artículo:

> ART. 1150.—Las disposiciones de este Título, relativas al tiempo y demás requisitos necesarios para la prescripción, sólo dejarán de observarse en los casos en que la ley prevenga expresamente otra cosa.

Conforme a la norma trascrita las disposiciones relativas al tiempo necesario para prescribir "sólo dejarán de observarse en los casos en que la *ley* prevenga expresamente otra cosa". De atender a su sentido *literal* habrá de concluirse que los particulares no pueden aumentar ni disminuir los plazos legales de prescripción.

A nuestro juicio las cláusulas que reducen los plazos de prescripción *son válidas*. Fundamos nuestra opinión en que la Ley permite el pacto en contrario siempre que no trasgreda el orden público ni derechos de terceros (artículo 6) y, en el caso que nos ocupa, no vemos de qué manera la reducción del tiempo de prescripción pueda afectarlos.[8]

2. *Alargamiento de los plazos de prescripción*

La Doctrina rechaza unánimemente la prolongación convencional del plazo de prescripción.[9] Se argumenta que constituiría una renuncia anticipada a ésta, lo que prohíben todos los ordenamientos, incluido el del Distrito Federal:

> ART. 1141.—Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, *pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo.*

[6] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 653.

[7] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 939 y 940.

[8] En sentido similar ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, *op. cit.*, p. 1018.

[9] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 732; RUGGIERO, t. 1, *op. cit.*, p. 327; CASTÁN TOBEÑAS, t. 1, v. 2, *op. cit.*, p. 967; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, *op. cit.*, p. 1018; BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 653 y GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 939.

Al estudiar la renuncia a la prescripción volveremos sobre el artículo trascrito.

En adición al argumento citado debe recordarse que el artículo 1150 establece que las disposiciones relativas al tiempo de prescripción "*sólo dejarán de observarse en los casos en que la ley prevenga expresamente otra cosa*". En este caso no admitimos la validez del pacto en contrario, ya que lesionaría los fines de interés público que el legislador persiguió con la prescripción.

C. No actualización de un supuesto de interrupción o de suspensión de la prescripción

El tercer y último requisito para que opere la prescripción es que no se verifique alguna hipótesis que la interrumpa o que la suspenda.

V. Efectos de la prescripción

A. Consecuencias sobre la obligación no exigida

a) Perspectiva legal

Desde el punto de vista legal es innegable que la prescripción *extingue* el crédito no exigido. Esto puede fundamentarse en el texto de tres artículos: en el del 1135, que establece: "prescripción es un medio de adquirir bienes o *de librarse de obligaciones*"; en el del 1136, que prevé: "*la liberación de obligaciones*, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa"; y en el del 1159, que dispone: "fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años, contado desde que una obligación pudo exigirse, para que *se extinga* el derecho de pedir su cumplimiento".

b) Perspectiva doctrinal

En Doctrina existen dos posturas principales sobre los efectos de la prescripción: algunos autores opinan que solo concede una excepción al deudor,[10] dejando subsistente el crédito; otros consideran que es una auténtica causa de extinción de las obligaciones.

[10] Este criterio fue sostenido en el Derecho francés por Planiol y Ripert, *op. cit.*, pp. 738 y 740, y en el Derecho suizo por Von Thur, t. 2, *op. cit.*, p. 190. En nuestro Derecho Gutiérrez y González, *op. cit.*, 924, y Bejarano Sánchez, *op. cit.*, pp. 446 y 447, parecen ceñirse a esta tesis.

La segunda tesis tiene dos vertientes: una supedita la terminación de la relación obligatoria a que el deudor la haga valer en juicio,[11] otra postula que la deuda se extingue *ipso iure* por el solo transcurso del tiempo.[12]

Consideramos que la postura correcta es la que concibe a la prescripción como una causa de extinción de las obligaciones que produce sus efectos de pleno Derecho.

B. Personas que pueden verse favorecidas por la prescripción

La prescripción negativa puede favorecer a cualquier persona:

> Art. 1140.—La prescripción negativa aprovecha a todos, aun a los que por sí mismos no pueden obligarse.

La norma trascrita es innecesaria; sobre todo su última parte, que alude a quienes carecen de capacidad de ejercicio: la prescripción es un hecho jurídico y como tal no la requiere para verificarse. Concluimos que el artículo 1140 debería derogarse.

El Código Civil destina algunas disposiciones a regular la prescripción de obligaciones solidarias y la de deudas garantizadas con fianza.

a) Prescripción de obligaciones solidarias

Las obligaciones solidarias pueden extinguirse por prescripción como cualesquier otras. Sin embargo, para que ésta aproveche a todos los deudores el plazo respectivo debe correr de igual modo para todos:

> Art. 1145.—La excepción que por prescripción adquiera un codeudor solidario, no aprovechará a los demás sino cuando el tiempo exigido haya debido correr del mismo modo para todos ellos.

"El tiempo exigido" para la prescripción pudiera no correr de igual modo para todos los obligados si a uno se le concedió un término o una condición.[13]

Si un deudor solidario se libera por prescripción y otro no, el acreedor solo podrá exigir al que continúa obligado lo siguiente:

> Art. 1146.—En el caso previsto por el artículo que precede, el acreedor sólo podrá exigir a los deudores que no prescribieren, el valor de la obligación, deducida la parte que corresponda al deudor que prescribió.

[11] En este sentido Bonnecase, *op. cit.*, p. 921.

[12] En este sentido Castán Tobeñas, t. 1, v. 2, *op. cit.*, pp. 949, 952 y 953.

[13] *Cfr.* Mateos Alarcón, t. 2, *op. cit.*, pp. 333 y 334.

El artículo trascrito sanciona al acreedor omiso y protege al deudor no liberado, facultándolo a deducir del "valor de la obligación" la parte que debía el favorecido por la prescripción. Si el deudor pagara la totalidad de la deuda no podría recuperar del liberado lo que le correspondía en el ámbito interno de la solidaridad pasiva, lo que resultaría injusto.

b) PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON FIANZA

Respecto de las obligaciones garantizadas con fianza el legislador dispuso lo siguiente:

> ART. 1147.—La prescripción adquirida por el deudor principal, aprovecha siempre a sus fiadores.

La norma anotada es una manifestación del principio "lo accesorio sigue la suerte de lo principal". Debería derogarse por innecesaria.

VI. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La interrupción de la prescripción deja sin efectos el tiempo transcurrido para que ésta pueda verificarse.

El Código Civil regula sus causas y sus consecuencias.

A. CAUSAS DE INTERRUPCIÓN

La prescripción puede verse interrumpida por cualquiera de las siguientes causas:

> ART. 1168.—La prescripción se interrumpe:
>
> I. Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año;
>
> II. Por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso;
>
> Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda;
>
> III. Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe.
>
> Empezará a contarse el nuevo término de la prescripción en caso de reconocimiento de las obligaciones, desde el día en que se haga; si se renueva el documento, desde la fecha del nuevo título y si se hubiere prorrogado el plazo del cumplimiento de la obligación, desde que éste hubiere vencido.

De los supuestos previstos por la norma trascrita solo los regulados en las fracciones segunda y tercera son aplicables a la prescripción negativa. El previsto por la fracción primera es privativo de la usucapión o prescripción positiva. Ésta es una de las inconsistencias a que nos referimos en la introducción de este capítulo, producto de que el legislador haya regulado ambas figuras bajo el mismo Título.

a) DEMANDA O INTERPELACIÓN JUDICIAL

La primera causa de interrupción es la demanda o interpelación judicial que el acreedor promueva contra el deudor. Esta hipótesis se funda en que el primero ha dejado de ser omiso en lo referente a la exigibilidad del crédito.[14]

La fracción segunda del artículo 1168 establece que la prescripción únicamente se interrumpe si la demanda o interpelación ha sido *notificada* al deudor. Esto significa que su *sola presentación* ante el órgano jurisdiccional es insuficiente para detener el curso de la prescripción. Lo anterior contradice lo preceptuado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

> ART. 258.—Los efectos de la presentación de la demanda son: interrumpir la prescripción si no lo está por otros medios...

La contradicción entre una y otra disposición es evidente: conforme a la de la legislación sustantiva la demanda debe ser *notificada* al deudor para que la prescripción se interrumpa, conforme a la del Código adjetivo basta con que sea *presentada* por el acreedor.

Debe prevalecer lo previsto por la legislación procesal, por haber sido promulgada con posterioridad al Código Civil (artículo 9).[15] La Suprema Corte de Justicia de la Nación también resolvió que debe observarse lo estatuido por el Código adjetivo.[16]

La parte final de la fracción segunda del artículo 1168 dispone: "se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda".

---

[14] *Cfr.* BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 448.

[15] El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal fue promulgado en agosto de 1932, mientras que el Código Civil lo fue en agosto de 1928.

[16] Tesis de rubro: "PRESCRIPCIÓN, INTERRUPCIÓN DE LA, POR LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA", Registro No. 241340, Localización: Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 84, Cuarta Parte, Materia(s): Civil, Jurisprudencia, Página 15.

Si el acreedor se desiste de la acción no solo no interrumpirá la prescripción, sino que perderá su derecho. Por el contrario, si se desiste de la instancia podrá volver a ejercerlo con posterioridad.[17]

b) RECONOCIMIENTO DE ADEUDO

La segunda causa que interrumpe la prescripción es que el deudor "reconozca expresamente, de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe". En la práctica esto se denomina "reconocimiento de adeudo".

El efecto principal del reconocimiento de adeudo es interrumpir el plazo de prescripción. La parte final del artículo 1168 indica desde cuándo vuelve a comenzar a correr: "empezará a contarse el nuevo término de la prescripción en caso de reconocimiento de las obligaciones, desde el día en que se haga; si se renueva el documento, desde la fecha del nuevo título y si se hubiere prorrogado el plazo del cumplimiento de la obligación, desde que éste hubiere vencido".

El reconocimiento puede tener otros efectos secundarios. Por ejemplo, si se hace constar en instrumento público hará prueba plena de la existencia del crédito y traerá aparejada ejecución.[18]

El reconocimiento de adeudo, como su nombre lo indica, constituye la admisión de una relación jurídica *previa*, por lo que no puede utilizarse para crear una que no existía. En términos simples: para que haya reconocimiento, antes tuvo que haber obligación. No obstante lo anterior, algunos Tribunales han atribuido al reconocimiento —equivocadamente en nuestra opinión— el carácter de fuente de obligaciones.[19]

B. EFECTO DE LA INTERRUPCIÓN

La interrupción deja sin efecto el tiempo transcurrido para que la prescripción pueda verificarse:

---

17 Artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

18 Véase tesis aislada intitulada "RECONOCIMIENTO DE ADEUDO EN ESCRITURA PÚBLICA. POR SU NATURALEZA, SURTE LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE CRÉDITO ORIGINAL COMO INSTRUMENTO LEGALMENTE EFICAZ PARA INTENTAR LA VÍA EJECUTIVA MERCANTIL", con número de registro "193676", emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, 9ª Época; Tomo X, julio de 1999; Página. 899.

19 Tesis de rubro: "RECONOCIMIENTO DE ADEUDO, NO IMPORTA LA CAUSA GENERADORA DEL", Registro No. 195564, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Tomo VIII, septiembre de 1998, Materia(s): Civil, Tesis Aislada, Página 1201, Tesis: XXI.1o.66 C.

> ART. 1175.—El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella.

De acuerdo con la norma trascrita un plazo de prescripción que se ve interrumpido queda "inutilizado". Aunque faltaren escasos días para que una obligación se extinga por prescripción, la interrupción hará que el plazo vuelva a correr desde cero.

C. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES COMPLEJAS POR LOS SUJETOS Y DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON FIANZA

El Código Civil destina algunos artículos a regular la interrupción de la prescripción de obligaciones complejas por los sujetos y de obligaciones garantizadas con fianza.

a) INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES COMPLEJAS POR LOS SUJETOS

1. *Obligaciones solidarias*

La interrupción de la prescripción que se verifica respecto de uno de los deudores solidarios perjudica a todos:

> ART. 1169.—Las causas que interrumpen la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, la interrumpen también respecto de los otros.

En igual sentido, la interrupción obtenida por uno de los acreedores solidarios favorece a los demás:

> ART. 1174.—La interrupción de la prescripción a favor de alguno de los acreedores solidarios, aprovecha a todos.

Los artículos trascritos deberían derogarse; lo dispuesto por ellos ya lo prevén las normas sobre solidaridad.[20]

La Ley establece lo siguiente para el caso de que un acreedor renuncie a la solidaridad pasiva instituida en su favor:

> ART. 1170.—Si el acreedor, consintiendo en la división de la deuda respecto de uno de los deudores solidarios, sólo exigiere de él la parte que le corresponda, no se tendrá por interrumpida la prescripción respecto de los demás.

---

20 Artículo 2001.

La norma anotada también es innecesaria, ya que la renuncia a la solidaridad tiene por efecto constituir tantos vínculos jurídicos *independientes* como deudores haya. Consecuentemente, la interrupción que opere respecto de uno de los deudores libertados de la solidaridad solo perjudicará a éste.[21]

Lo previsto por los artículos 1169 y 1170 es aplicable "a los herederos del deudor":

> ART. 1171.—Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los herederos del deudor.

El numeral citado no aclara si por "herederos del deudor" debemos comprender a los causahabientes de un obligado *solidario* o a los de un obligado cualquiera. A falta de distinción entendemos que se refiere a ambos.[22]

2. *Otras obligaciones complejas por los sujetos*

La interrupción de la prescripción de obligaciones complejas por los sujetos *distintas de las solidarias* se rige conforme a lo siguiente:

> ART. 1173.—Para que la prescripción de una obligación se interrumpa respecto de todos los deudores no solidarios, se requiere el reconocimiento o citación de todos.

La norma trascrita es aplicable a las obligaciones simplemente mancomunadas y a las indivisibles. Respecto de las primeras su redacción no es del todo afortunada, ya que alude a "una obligación" y en la simple mancomunidad hay tantas relaciones jurídicas como deudores.

b) INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON FIANZA

La interrupción de la prescripción que se actualiza en contra del deudor principal afecta también al fiador:

> ART. 1172.—La interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra su fiador.

La regla prevista por el artículo anotado es consecuencia del carácter accesorio de la fianza. A nuestro juicio debería derogarse.

[21] No debe confundirse la renuncia a la solidaridad con la remisión de la obligación solidaria: la primera ocasiona la división del crédito, la segunda lo extingue.

[22] Así lo disponía expresamente el Código Civil de 1884 (artículo 1120).

VII. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La suspensión de la prescripción es un supuesto cuya actualización detiene transitoriamente su curso.

A. CAUSAS DE SUSPENSIÓN

La regla general es que la prescripción inicie y corra contra cualquier persona:

> ART. 1165.—La prescripción puede comenzar y correr contra cualquiera persona, salvo las siguientes restricciones:

El numeral citado es innecesario: que la prescripción pueda comenzar y correr en contra de cualquier persona ya se desprende de otras disposiciones.[23] Por lo que hace a las "restricciones", bastaba con que el legislador las estableciera en cada caso. Concluimos que debería derogarse.

Las causas que suspenden la prescripción atienden a razones de equidad.[24]

a) INCAPACIDAD DE EJERCICIO

La incapacidad del acreedor suspende la prescripción conforme a lo siguiente:

> ART. 1166.—La prescripción no puede comenzar ni correr contra los incapacitados, sino cuando se haya discernido su tutela conforme a las leyes. Los incapacitados tendrán derecho de exigir responsabilidad a sus tutores cuando por culpa de éstos no se hubiere interrumpido la prescripción.

La norma trascrita solo es aplicable a los incapaces respecto de los cuales *no se haya discernido su tutela*. No aplica a los que se encuentren sujetos a patria potestad ni a los que tengan tutor.

La suspensión de la prescripción en favor de los incapaces mencionados se encuentra plenamente justificada, ya que al carecer de tutor no podrá reprocháreles que no hayan hecho valer sus derechos. Una vez discernida la tutela la prescripción iniciará o continuará corriendo en su contra. Si el crédito llega a extinguirse por prescripción podrán exigir responsabilidad a su tutor.

[23] Particularmente del artículo 1159.

[24] *Cfr.* PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 476.

b) RELACIÓN DE PROXIMIDAD ENTRE EL ACREEDOR Y EL DEUDOR

La prescripción también se suspende si hay una relación de proximidad entre el acreedor y el deudor:

> ART. 1167.—La prescripción no puede comenzar ni correr:
> I. Entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley;
> II. Entre los consortes;
> III. Entre los incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela;...

La fracción primera de la disposición citada impide que la prescripción corra entre ascendientes y descendientes *durante la patria potestad*. Su parte final restringe los efectos de la suspensión "a los bienes que los segundos tengan derecho conforme a la ley". Se trata de una inconsistencia más derivada de que el legislador haya regulado la usucapión y la prescripción dentro del mismo Título. En realidad la prescripción debería entenderse suspendida respecto de cualquier relación jurídica habida entre ellos.

La fracción segunda suspende la prescripción entre consortes[25] y la tercera entre los incapaces y sus tutores[26] o curadores. En una y otra fracción el legislador no cometió el error en que incurrió con la primera, consistente en limitar la suspensión "a los bienes" de las personas involucradas.

Estas causas de suspensión anteponen la unidad familiar a los intereses pecuniarios: el legislador consideró inconveniente que una persona se vea compelida a ejercer una acción contra su familiar, tutor o curador a fin de evitar que su crédito se extinga por prescripción.[27]

c) COPROPIEDAD O COPOSESIÓN

De acuerdo con el Código Civil la prescripción no puede correr entre copropietarios o coposeedores:

> ART. 1167.—La prescripción no puede comenzar ni correr:...
> IV. Entre copropietarios o coposeedores, respecto del bien común...;

La fracción cuarta del artículo trascrito restringe los efectos de la suspensión al "bien común". Esta fracción admite dos interpretaciones: o solo es

25 Esto ya lo disponen las normas sobre matrimonio:
"ART. 177.—Los cónyuges, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, *pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio.*"

26 Esto ya lo disponen las normas sobre tutela:
"ART. 578.—Durante la tutela no corre la prescripción entre el tutor y el incapacitado."

27 *Cfr.* ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, *op. cit.*, p. 1047.

aplicable a la usucapión o es aplicable a ambos tipos de prescripción. De admitir lo segundo habremos de entender suspendida la prescripción de las obligaciones emanadas de la copropiedad (como la de contribuir a los gastos de conservación del bien común).[28]

En nuestra opinión la fracción de que se trata solo rige respecto de la usucapión.[29] Las razones de equidad que justifican la suspensión en otros supuestos no se encuentran en éste.

d) PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBICO FUERA DEL DISTRITO FEDERAL

La prescripción también se suspende durante el tiempo que el acreedor preste un servicio público fuera del Distrito Federal:

> ART. 1167.—La prescripción no puede comenzar ni correr:...
> V. Contra los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público;...

La norma citada hace uso de la palabra "ausentes", lo que es equivocado, ya que, en sentido técnico, este vocablo designa a las personas de cuya existencia se duda por la falta prolongada de noticias.[30]

La prescripción no se suspende por ausencia, lo que expresamente dispuso el legislador:

> ART. 721.—Por causa de ausencia no se suspenden los términos que fija la ley para la prescripción.

La fracción quinta del artículo 1167 debió referirse a "las personas *que se encuentren fuera* del Distrito Federal con motivo de la prestación de un servicio público".

e) PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR EN TIEMPO DE GUERRA

La prescripción no corre contra los militares que se encuentren en servicio activo en tiempo de guerra:

> ART. 1167.—La prescripción no puede comenzar ni correr:...
> VI. Contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal.

28 Artículo 944.

29 En sentido similar GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 935.

30 RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA y COHEN CHICUREL, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 278.

La norma trascrita solo es aplicable a las relaciones jurídicas reguladas por las Leyes del Distrito Federal. Cabe señalar que el militar, a diferencia del servidor público, no debe encontrarse *fuera* de esta entidad federativa para que la prescripción deje de correr en su contra.

Consideramos que el vocablo "guerra" debe interpretarse en sentido amplio, de manera que comprenda cualquier conflicto que amerite le intervención de las Fuerzas Armadas y no solo los de índole internacional.

B. Efecto de la suspensión

De los artículos 1166 y 1167 antes trascritos se desprende que el efecto de la suspensión es que el plazo de prescripción no pueda "comenzar ni correr". El legislador nada dispuso sobre el tiempo transcurrido antes de ella. La Doctrina explica que la suspensión, a diferencia de la interrupción, no lo inutiliza.[31]

VIII. RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN

El Código Civil reglamenta cuatro aspectos sobre la renuncia a la prescripción: su objeto, su forma, la capacidad para otorgarla y la protección de los acreedores del renunciante.

A. Objeto de la renuncia

Solo puede ser objeto de renuncia la prescripción ganada, no así el derecho a prescribir para el futuro:

> Art. 1141.—Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo.

a) Renuncia a la prescripción ganada

La renuncia a la prescripción ganada presupone que se han cumplido todos los requisitos necesarios para que ésta opere.

Su efecto depende de la doctrina que se siga con relación a las consecuencias de la prescripción: quienes opinan que solo genera una excepción, pero deja subsistente el crédito, concluyen que la renuncia solo impide al deudor oponer aquélla;[32] por el contrario, quienes estiman que extingue la relación

31 *Cfr.* Ruggiero, t. 1, *op. cit.*, p. 330.

32 *Cfr.* Enneccerus, Kipp y Wolff, v. 1, *op. cit.*, p. 1065.

obligatoria ven en la renuncia un acto que la regenera. En este último caso, más que de *renuncia* debe hablarse de *asunción* de obligaciones prescritas.

b) Renuncia a la prescripción en curso

La Doctrina explica que el deudor puede renunciar también a la "prescripción" en curso.[33]

El Código Civil no prevé este tipo de renuncia. Posiblemente el legislador consideró que su regulación está comprendida en la del reconocimiento de adeudo:

c) Renuncia a la prescripción futura

La renuncia a la prescripción futura, llamada también *renuncia anticipada a la prescripción*, se encuentra prohibida por el artículo 1141. Ruggiero lo justifica como sigue:

> Lo que la ley no permite —indica— es la renuncia preventiva de la prescripción, es decir, la renuncia de aquella prescripción no comenzada aún...; esto por el carácter de orden público que posee la institución de la prescripción, cuya eficacia sería destruida si se consintiese su renuncia preventiva y cesaría la función social que la prescripción ejerce. Por el contrario, cuando se ha cumplido ya entra en juego el interés del particular y nada impide el que éste disponga con libertad.[34]

Esta prohibición es frecuentemente utilizada como argumento para negar que los particulares puedan ampliar convencionalmente los plazos de prescripción.

La renuncia anticipada a la prescripción carece de sentido en tratándose de la usucapión.[35]

B. Forma de la renuncia

La renuncia a la prescripción puede llevarse a cabo expresa o tácitamente:

> Art. 1142.—La renuncia de la prescripción es expresa o tácita, siendo esta última la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido.

Lo previsto por el numeral trascrito constituye regla especial a las disposiciones generales del Código Civil, que exigen la formulación expresa de toda renuncia (artículo 7).

33 *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 742.

34 Ruggiero, t. 1, *op. cit.*, p. 335.

35 *Cfr.* Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 480.

La parte final del artículo 1142 establece que la renuncia tácita "resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido". Esto último solo rige respecto de la usucapión.

C. Capacidad para otorgar la renuncia

De acuerdo con el artículo 1141 antes trascrito, la renuncia a la prescripción ganada solo puede ser formulada por "las personas con capacidad para enajenar".

La Teoría General de las Obligaciones dispone que son hábiles para contratar y, consecuentemente, para enajenar, todas las personas no exceptuadas por la Ley (artículo 1798). Las excepciones a esta regla son desarrolladas por el Derecho de Personas.[36]

D. Protección de los acreedores del renunciante

La Ley protege a los acreedores de quien renuncia a la prescripción:

> Art. 1143.—Los acreedores y todos los que tuvieren legítimo interés en que la prescripción subsista, pueden hacerla valer aunque el deudor o el propietario hayan renunciado los derechos en esa virtud adquiridos.

El numeral anotado alude a dos grupos de personas: a los acreedores y a "todos los que tuvieren legítimo interés en que la prescripción subsista".[37]

Los acreedores y las demás personas a quienes perjudique la renuncia pueden "hacer valer" la prescripción. En realidad primero deben ejercer la acción Pauliana[38] para dejar sin efectos la renuncia[39] y posteriormente hacer valer la prescripción a través de la acción oblicua.[40]

---

[36] Véase Rico Álvarez, Garza Bandala y Cohen Chicurel, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 223-246.

[37] García Goyena provee un ejemplo de los segundos: "Cualquier otra persona interesada: por la misma razón que pueden hacerlo los acreedores: el interés es la medida de la acción y de la escepción: el usufructuario, por ejemplo, de una finca, podrá oponer la prescripción relativa a ella si el propietario no la opone o la renuncia espresamente", García Goyena, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, t. IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 305.

[38] Véase capítulo quincuagésimo.

[39] En sentido similar Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 652 y 653; Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 938 y Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 451.

[40] En sentido similar Martínez Alfaro, *op. cit.*, p. 463. Véase capítulo quincuagésimo segundo.

En nuestra opinión el artículo 1143 debería derogarse, ya que lo previsto en él resulta de otras disposiciones del Código Civil.[41]

IX. Caducidad

A. Concepto de caducidad

La caducidad es una causa de extinción de derechos que se verifica por no observar su titular una conducta determinada dentro de un plazo específico.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Causa de extinción de derechos

La caducidad es una causa de extinción de derechos, tanto reales como de crédito.

- Por no observar su titular una conducta determinada

La caducidad es resultado de que el titular del derecho no ejecute una conducta determinada. Ésta puede consistir en ejercer el derecho que se desea conservar o en realizar algo distinto.[42]

La conducta a observar debe encontrarse prevista en una norma legal o convencional.[43]

- Dentro de un plazo específico

La conducta que permite evitar la caducidad debe realizarse dentro de cierto tiempo. Éste también debe ser delimitado por una norma emanada del procedimiento legislativo o de la voluntad de los particulares.

B. Distinción entre caducidad y prescripción

La mayoría de los autores encuentra similitudes entre la caducidad y la prescripción. Principalmente que ambas impiden el ejercicio de un derecho después de transcurrido cierto tiempo.[44]

Las diferencias entre una y otra figura deben estudiarse desde los puntos de vista legal, judicial y doctrinal.

---

[41] Artículo 6.

[42] Por ejemplo, las Leyes Caducarias Romanas exigieron la celebración del matrimonio o la procreación.

[43] *Cfr.* Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 454.

[44] Ruggiero, t. 1, *op. cit.*, p. 335.

a) DIFERENCIAS DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL

En el plano legal es difícil distinguir la caducidad de la prescripción, debido a que el legislador solo reguló la segunda de forma ordenada y sistemática y a que atribuyó diferentes significados a la palabra "caducidad".[45] Consecuentemente, encontramos estéril la tarea de construir una doctrina de la caducidad partiendo exclusivamente del texto de los artículos que se refieren a ella.

b) DIFERENCIAS DESDE EL PUNTO DE VISTA JUDICIAL

En el ámbito judicial existen diversas tesis que se proponen dilucidar las diferencias entre caducidad y prescripción. Una que aborda la cuestión de modo claro y sucinto fue emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[46] De acuerdo con el criterio del Alto Tribunal entre caducidad y prescripción existen tres diferencias:

La primera, que los derechos sujetos a caducidad nacen con una limitación de tiempo, independiente de la diligencia o negligencia de su titular para ejercerlos. En contraste, los sujetos a prescripción son de duración indefinida y solo se pierden por su falta de ejercicio.

La segunda, que la caducidad únicamente se interrumpe por la presentación de la demanda, mientras que la prescripción admite otras causas de interrupción.

La tercera, que la caducidad puede ser examinada de oficio por el juzgador, mientras que la prescripción debe ser opuesta por el demandado.

c) DIFERENCIAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

En Doctrina la distinción entre caducidad y prescripción no es admitida por todos los autores.[47]

Los juristas que sí reconocen diferencias entre ambas figuras suelen mencionar todas o algunas de las siguientes:[48]

[45] Artículos 654, 655, 1497, 1946, 3029 y 3035.

[46] Tesis de rubro: "CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN, COMPARACIÓN DE LOS FENOMENOS DE", Registro No. 277362, Localización: Sexta Época, Instancia: Cuarta Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen XII, Quinta Parte, Materia(s): Común, Tesis Aislada, Página 48.

[47] *Cfr.* RUGGIERO, *op. cit.*, p. 336.

[48] *Cfr.* ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, *op. cit.*, pp. 1019 y 1020; CASTÁN TOBEÑAS, t. 1, v. 2, *op. cit.*, pp. 968 a 970; RUGGIERO, t. 1, *op. cit.*, pp. 335 y 336; BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 455 y 456; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 961-964; MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, pp. 465-468.

1. La caducidad tiene su origen en una norma jurídica legal o convencional, mientras que la prescripción solo emana de la Ley.

2. Para evitar la caducidad el acreedor debe ejercer su derecho u observar otra conducta ordenada por la norma. Para evitar la prescripción es preciso que ejerza su derecho.

3. La caducidad debe ser examinada de oficio por el juzgador, mientras que la prescripción solo es valorada a petición de parte.

4. Los plazos de caducidad no pueden ser suspendidos ni interrumpidos, por regla general, mientras que los de prescripción sí.

5. La finalidad de la caducidad es asegurar que el acreedor ejecute una conducta dentro de cierto tiempo, mientras que la de la prescripción es sancionar su inactividad y proveer seguridad jurídica.

C. CONCLUSIONES SOBRE LA CADUCIDAD

La caducidad es una de las figuras del Derecho de Obligaciones que más opiniones divergentes genera. Algunos autores le conceden autonomía conceptual, otros no. De entre los primeros no todos citan las mismas características que permiten distinguirla de la prescripción y de otras figuras.

Para nosotros es importante hacer ver cuatro ideas:

Primero, la caducidad no es una figura definida por la Ley. Cualquier concepto que se ofrezca de esta figura partirá de su desarrollo histórico o de reflexiones doctrinales, pero no del texto legislativo. Consecuentemente, la pregunta ¿qué es la caducidad? difícilmente podrá alcanzar una respuesta unívoca; a lo más, podrá contestarse qué es para un órgano jurisdiccional o para un jurista específico.

Segundo, los supuestos en que el legislador hizo uso de la palabra caducidad carecen de homogeneidad. Todos evocan la idea de un acto o de un derecho que se extingue o que deviene ineficaz, pero las causas por las que esto acontece son notoriamente desiguales entre sí o no son expresadas del todo. Lo anterior dificulta la construcción de una teoría universal sobre esta figura.

Tercero, no encontramos diferencias *esenciales* entre la caducidad y otras causas de extinción de las obligaciones. Si el titular de un derecho debe ejercerlo a fin de conservarlo, la caducidad se confunde con la prescripción. Si debe ejecutar una conducta distinta se asemeja a la condición resolutoria potestativa.[49]

[49] El efecto retroactivo de la condición no es óbice para admitir que ésta pueda absorber algunos casos de caducidad. La retroactividad es una cualidad *natural* y no *esencial* de la condición (artículo 1941).

Cuarto, las diferencias entre prescripción y caducidad anotadas por la Doctrina nos parecen secundarias y poco fundadas. En efecto, ningún ordenamiento dispone con alcance *general* que la caducidad no pueda verse interrumpida o suspendida ni que el juzgador deba examinarla de oficio. Incluso autores como Gutiérrez y González admiten que la caducidad puede ser interrumpida, aunque con un efecto distinto al de la prescripción.[50]

De iure condendo proponemos que las disposiciones legales que aluden expresamente a la caducidad sean reformadas a fin de sustituir esta palabra por otra que designe la figura que en cada caso corresponda.

[50] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 963 y 964.

CAPÍTULO QUINCUAGÉSIMO NOVENO

INTRODUCCIÓN A LAS INEFICACIAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

I. INTRODUCCIÓN

Lo natural es que un acto jurídico produzca sus efectos y se extinga una vez cumplidos los requisitos legales y/o voluntarios fijados para ello. En ocasiones esto no acontece, ya sea por algún vicio congénito a la celebración del acto o por alguna causa superveniente.

II. CONCEPTO DE INEFICACIA

Ineficacia es lo opuesto a eficacia. Es la falta de producción de consecuencias jurídicas.[1]

Desde el punto de vista *esencial* ineficacia es todo elemento o acontecimiento que impide que un acto jurídico produzca o continúe produciendo sus consecuencias de Derecho.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Elemento o acontecimiento

Las ineficacias son elementos o acontecimientos. Factores o eventos que entorpecen el surgimiento o el desenvolvimiento ordinario de un acto jurídico.

- Impide que un acto jurídico

La teoría de las ineficacias es privativa de los *actos jurídicos*. Solo éstos, y no los hechos jurídicos, son susceptibles de calificarse "ineficaces".

Por acto jurídico entendemos el acontecimiento voluntario encaminado a producir consecuencias de Derecho y que las produce precisamente por la vo-

[1] DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. 1, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1979, p. 283.

luntad. Comprende las dos sub-categorías desarrolladas por los juristas alemanes: el acto jurídico *stricto sensu* y el negocio jurídico.

- Produzca o continúe produciendo sus consecuencias de Derecho

Las ineficacias impiden que el acto jurídico genere o siga generando sus efectos. Si la falta de producción de consecuencias jurídicas es *absoluta* no podrá afirmarse que haya habido acto, por lo que cabe preguntar ¿por qué calificar "ineficaz" lo que no nació al mundo del Derecho? De Castro y Bravo resuelve esta interrogante como sigue:

> Sobre el negocio ineficaz —señala— se ha suscitado una de las mencionadas discusiones terminológicas. ¿Por qué denominar negocio al que por definición no lo es, dada su ineficacia? Cuestión ociosa; se trata de un recurso léxico de economía o simplificación; como en las frases negocio inválido o negocio nulo, el sentido del sustantivo se cambia al ser adjetivado (p. ej., moneda falsa, sabor insípido, hombre inhumano). Con la palabra negocio se destaca una apariencia, semejanza o carácter, que hace conveniente o necesario destacar o probar especialmente el defecto, prohibición o vicio que lo hace ineficaz.[2]

III. CLASES DE INEFICACIAS

La Doctrina ofrece una rica clasificación de las ineficacias:

Atendiendo a su alcance pueden ser *totales* o *parciales*, en función del número de personas a las que afectan pueden ser *absolutas* o *relativas*, en consideración al mecanismo de su actuación pueden ser *automáticas* o *provocadas*, en razón de si es corregible o no la anormalidad pueden ser *sanables* o *insanables*.[3]

Para efectos de este apartado nos interesa la clasificación que atiende a la causa de las ineficacias y que distingue entre *estructurales* y *funcionales*.

A. Ineficacias estructurales

a) Concepto de ineficacia estructural

Las ineficacias estructurales son las que se verifican a causa de un *vicio concomitante* a la celebración del acto jurídico. Suponen la falta de alguno de sus elementos esenciales o de validez.[4]

[2] De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 462.
[3] *Cfr.* Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 290-295.
[4] *Ibid.*, p. 295.

Algunos autores utilizan la palabra "invalidez" para referirse a este tipo de ineficacias.[5]

b) Enumeración de las ineficacias estructurales

El Código Civil regula tres ineficacias estructurales: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Serán estudiadas en capítulos siguientes.

B. Ineficacias funcionales

a) Concepto de ineficacia funcional

Las ineficacias funcionales son las que operan a causa de un *acontecimiento o circunstancia posteriores* a la celebración del acto jurídico y ajenos a su estructura.

A los actos que padecen una ineficacia funcional también se les denomina "simplemente ineficaces" o "ineficaces en sentido estricto".[6]

b) Enumeración de las ineficacias funcionales

Las ineficacias funcionales son muy variadas y no todos los autores citan el mismo número de ellas.

Por nuestra parte estimamos que son ineficacias funcionales el mutuo disenso, la terminación unilateral, la novación, el ejercicio de los derechos que concede la Ley contra la imprevisión, la rescisión, el cumplimiento de la condición resolutoria, el cumplimiento del término extintivo, la imposibilidad superveniente, la confusión y la muerte o incapacidad de alguna de las partes.

El capítulo siguiente lo dedicaremos al análisis de las ineficacias funcionales que no hemos estudiado aún.

[5] Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 349.
[6] *Loc. cit.*

CAPÍTULO SEXAGÉSIMO

INEFICACIAS FUNCIONALES

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior definimos las ineficacias funcionales como las que operan a causa de un acontecimiento o circunstancia posteriores a la celebración del acto jurídico y ajenos a su estructura.

La terminología utilizada por la Ley y por la Doctrina complica el estudio de esta materia. En ocasiones una ineficacia funcional es denominada de diversas maneras, lo que da lugar a que se especule sobre si se trata de la misma o de diferentes figuras. Otras veces un mismo vocablo es utilizado para designar dos o más ineficacias, lo que aumenta la confusión.

En apartados siguientes examinaremos los diversos tipos de ineficacias funcionales y sus efectos. Solo profundizaremos en aquellas respecto de las que no hemos realizado comentario alguno; en cambio, las que analizamos con motivo del estudio de la relación obligatoria ameritarán breves comentarios.

II. TIPOS DE INEFICACIAS FUNCIONALES

A. MUTUO DISENSO

a) CONCEPTO

El Código Civil no prevé definición alguna del mutuo disenso, ni lo regula dentro de la Teoría General de las Obligaciones.

Desde el punto de vista doctrinal puede definirse como una causa que deja sin efectos un acto jurídico bilateral o plurilateral por voluntad de las partes.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Causa que deja sin efectos

El mutuo disenso es una causa que deja sin efectos el acto jurídico. Una hipótesis cuya actualización finaliza todas y cada una de sus consecuencias de Derecho.

- Acto jurídico

Algunos autores estudian el mutuo disenso dentro de las causas de extinción de las *obligaciones*.[1] Por nuestra parte consideramos más acertado conceptualizar esta figura como una causa que deja sin efectos los *actos jurídicos*.

Mientras que la obligación, por regla general, puede extinguirse por voluntad *unilateral* del acreedor, la privación de efectos del acto jurídico regularmente requiere el consentimiento de *todos* los que lo celebraron.

- Bilateral o plurilateral

Solo los actos jurídicos bilaterales y los plurilaterales pueden dejarse sin efectos a través del mutuo disenso. Los unilaterales se extinguen por revocación, de acuerdo con lo que comentaremos más adelante.

- Voluntad de las partes

Por regla general el mutuo disenso necesitará la voluntad de *todas* las personas que intervinieron en la celebración del acto jurídico en calidad de *partes*. Excepcionalmente podrá verificarse sin necesidad de un acuerdo unánime. Por ejemplo, el contrato de asociación civil puede disolverse por voluntad de la *mayoría* de los asociados (artículos 2685 y 2677).

b) EFICACIA DEL MUTUO DISENSO

No hay unanimidad en la Doctrina acerca de la eficacia del mutuo disenso. Algunos juristas consideran que solo surte efectos *ex nunc*, es decir, para el futuro.[2] Por su parte, Díez-Picazo opina que los particulares pueden modular la eficacia del mutuo disenso.[3]

Nos adherimos al criterio del autor citado. Cabe señalar que si el mutuo disenso opera con eficacia futura se constituirá en una causa de terminación del acto jurídico. Por el contrario, si lo hace retroactivamente no lo terminará, sino que nunca habrá nacido.

Insistimos en que la eficacia futura —*ex nunc*— o retroactiva —*ex tunc*— del mutuo disenso está subordinada a que no perjudique derechos de terceros.

[1] En este sentido DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 839 y CASTÁN TOBEÑAS, t. 3, *op. cit.*, p. 349.

[2] En este sentido MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, t. 2. 3ª ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 335.

[3] DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 839.

B. TERMINACIÓN UNILATERAL

a) CONCEPTO DE TERMINACIÓN UNILATERAL

La terminación unilateral es la extinción de un acto jurídico que se verifica por voluntad de su autor o de alguna de las partes.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Extinción

La terminación unilateral extingue el acto jurídico. Finaliza todas sus consecuencias de Derecho.

- Acto jurídico

La terminación unilateral concluye el acto jurídico y no solo algunos de sus efectos. Lo anterior permite distinguirla de la remisión de deuda, que se encamina a extinguir obligaciones individualmente consideradas.

- Voluntad de su autor o de alguna de las partes

La terminación de los actos jurídicos unilaterales se produce por voluntad de su *autor* o de sus *autores* y la de los bilaterales o plurilaterales por voluntad de alguna de las *partes* (en los casos en que la Ley la permite).

b) DISTINCIÓN CON EL MUTUO DISENSO

Las notas que permiten distinguir la terminación unilateral del mutuo disenso son tres:

1. La terminación unilateral es, valga la redundancia, unilateral, es decir, opera por voluntad de quien o quienes representan un solo centro de interés; en contraste, el mutuo disenso requiere, por lo general, el consentimiento de todas las partes;

2. La terminación unilateral es procedente respecto de actos jurídicos unilaterales, bilaterales y plurilaterales, mientras que el mutuo disenso se constriñe a los bilaterales y a los plurilaterales; y

3. La terminación unilateral es, como veremos, una figura excepcional. Por su parte, el mutuo disenso reviste carácter general.

c) CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL

La terminación unilateral es una figura excepcional, ya que constituye una derogación de los principios *pacta sunt servanda*[4] y de intangibilidad de los con-

[4] Artículo 1796.

tratos.[5] Consecuencia de lo anterior es que solo pueda verificarse en los casos *expresamente* previstos por una norma jurídica.

d) TERMINOLOGÍA

La Ley utiliza las palabras "revocación",[6] "renuncia",[7] "desistimiento",[8] "denuncia"[9] y "retractación"[10] para referirse a la terminación unilateral del acto jurídico, sin aclarar el sentido de cada una ni precisar las notas que las distinguen.

Algunos autores sostienen que los términos indicados no son sinónimos y que aluden a categorías distintas.[11] El caos terminológico ha sido denunciado por autores como Díez-Picazo, quien señala: "la terminología, como se ve, es heterogénea y equívoca, por lo cual acaso fuera conveniente fijarla".[12]

Por nuestra parte estimamos que la terminación unilateral de un acto jurídico surtirá los efectos que las partes o la Ley fijen en cada caso, con independencia del nombre utilizado para referirse a ella. Las disertaciones doctrinales podrán tomarse en cuenta para colmar las lagunas que se presenten.

e) NOTIFICACIÓN DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL

La manifestación de voluntad encaminada a finalizar un acto jurídico es, como anotan la mayoría de los autores,[13] una *declaración recepticia*, esto es, que

---

5 Artículo 1797.

6 "ART. 1863.—Antes de que esté prestado el servicio o cumplida la condición, podrá el promitente *revocar* su oferta, siempre que la *revocación* se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento..."

7 "ART. 2603.—El mandatario que *renuncie* tiene obligación de seguir el negocio mientras el mandante no provee a la procuración, si de lo contrario se sigue algún perjuicio."

8 "ART. 2635.—El dueño de una obra ajustada por un precio fijo, puede *desistir* de la empresa comenzada, con tal que indemnice al empresario de todos los gastos y trabajos y de la utilidad que pudiera haber sacado de la obra."

9 La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito utiliza la palabra "denuncia" en diversos artículos. Sirva de referencia el siguiente:

"ART. 310.—El contrato de cuenta corriente termina al vencimiento del plazo convenido. A falta de éste, cualquiera de los cuentacorrentistas podrá, en cada época de clausura de la cuenta, *denunciar* el contrato, dando aviso al otro cuentacorrentista por lo menos diez días antes de la fecha de clausura..."

10 "ART. 1808.—La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la *retractación* antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación."

11 En este sentido MESSINEO, t. 2, *op. cit.*, pp. 421, 422 y 427, y VON THUR, t. 2, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

12 DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 840.

13 MESSINEO, t. 2, *op. cit.*, pp. 422 y 427; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 841; VON THUR, t. 2, *op. cit.*, p. 138.

debe dirigirse a la persona a la que afecta.[14] La razón es obvia: ¿cómo podría la parte que no revocó el negocio abstenerse de seguir cumpliéndolo o de gozar sus efectos antes de saber que ha sido revocado?

No existe un artículo que ordene, con alcance general, la notificación de la terminación unilateral. Sin embargo, el Código Civil la exige en algunos supuestos.[15]

De iure condendo proponemos la inclusión de una disposición que establezca como regla general la necesidad de comunicar a los afectados la terminación unilateral de un acto jurídico a fin de que surta efectos.

C. NOVACIÓN

Para que la novación finalice el acto jurídico y no solo alguno de sus efectos es necesario que las partes sustituyan una de sus obligaciones principales por otra que resulte incompatible con su esencia.

D. EJERCICIO DE LOS DERECHOS QUE LA LEY CONCEDE CONTRA LA IMPREVISIÓN

El principio de imprevisión permite alterar el contenido obligacional de un acto jurídico si cambian las circunstancias en que se celebró.

La parte cuyas obligaciones se hayan vuelto más onerosas podrá solicitar a la otra la modificación del negocio y ésta, a su vez, optar entre modificarlo o *darlo por terminado* (artículos 1796 Bis y 1796 Ter). En el segundo supuesto el ejercicio de los derechos contra la imprevisión devendrá en una ineficacia funcional del acto jurídico.

E. RESCISIÓN

La rescisión es la terminación retroactiva de un contrato por el incumplimiento de una obligación imputable al deudor. Por lo general solo afecta a los contratos bilaterales que generan obligaciones recíprocas.

F. CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

La condición resolutoria es el acontecimiento futuro y contingente de cuyo advenimiento depende la resolución de una obligación. Se erige en ineficacia

---

14 ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, *op. cit.*, p. 60.

15 Por ejemplo, la revocación del mandato no surte efectos sino hasta que se hace saber al mandatario. *Cfr.* RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 268 y 269.

funcional del acto jurídico cuando todos sus efectos y no solo alguno o algunos se sujetan a ella.

G. Cumplimiento del término extintivo

El término extintivo es el acontecimiento futuro y necesario de cuyo advenimiento depende la extinción de una obligación. Al igual que la condición, adquiere el carácter de ineficacia funcional si todos y cada uno de los efectos de un acto jurídico se sujetan a él.

H. Imposibilidad superveniente

La imposibilidad superveniente es el acontecimiento posterior a la celebración de un acto jurídico que lo extingue por constituir un obstáculo insuperable para su ejecución.

I. Confusión

La confusión es una causa de extinción de las obligaciones que se actualiza cuando una persona reúne los caracteres de acreedor y de deudor respecto de una misma deuda. Se constituye en ineficacia funcional del acto jurídico cuando un mismo sujeto reúne los caracteres de todas las partes.[16]

J. Muerte de alguna de las partes

a) Carácter excepcional de la muerte como causa de terminación del acto jurídico

La muerte de una de las partes generalmente no afecta el desenvolvimiento del acto jurídico ni conlleva su extinción. Esto es consecuencia de que los derechos y obligaciones derivados de él, por regla general, se transmiten a los causahabientes del difunto.[17]

El Código Civil no prevé un artículo que ordene expresamente y con alcance general la subsistencia de las relaciones jurídicas después de la muerte. Sin embargo, resulta de lo previsto por el siguiente numeral:

> Art. 1281.—Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

[16] Por ejemplo, el arrendamiento se extingue por confusión si una misma persona asume el carácter de arrendador y de arrendatario (artículo 2483 f. V).

[17] *Cfr.* Von Thur, t. 2, *op. cit.*, p. 133.

Conforme a la disposición trascrita la herencia es un tipo de causahabiencia que opera respecto de *todos* los derechos y obligaciones del *de cujus* que no hayan de extinguirse por su muerte. Para que una relación jurídica se extinga por causa de muerte es preciso que una norma legal o convencional así lo establezca.[18]

b) Actos jurídicos que se extinguen por la muerte de alguna de las partes

La muerte, como dijimos, no extingue el acto jurídico por regla general; los actos que sí finaliza generalmente son *intuitu personae*[19] o están configurados en torno al fallecimiento de uno de sus otorgantes.[20]

c) Momento en que se produce la terminación del acto jurídico por causa de muerte

Los actos jurídicos que terminan por el fallecimiento de una de las partes finalizan desde el momento del deceso y no hasta que se levante el acta de defunción correspondiente. Sin embargo, en muchos casos éste documento será necesario para hacer posible la liquidación del acto.

Por ejemplo, el contrato constitutivo del derecho real de usufructo terminará en el instante en que fallezca el usufructuario. Desde este momento se consolidará el derecho de propiedad y el otrora nudo propietario podrá hacer suyos los frutos que emanen del bien respectivo. Empero, si éste fuere inmueble la cancelación de la inscripción correspondiente en el Registro Público de la Propiedad requerirá la presentación del acta de defunción.

d) Ausencia y presunción de muerte

La declaración de ausencia produce consecuencias afines a la muerte en lo que concierne a la eficacia del acto jurídico:

> Art. 689.—Los legatarios, los donatarios y todos los que tengan sobre los bienes del ausente derechos que dependan de la muerte o presencia de éste, podrán ejercitarlos, dando la garantía que corresponda, según el artículo 528.

[18] Consecuentemente, resultan innecesarias las disposiciones que confirman la subsistencia de algunos contratos ante la muerte de una de las partes (sirvan de referencia los artículos 2408 y 2640).

[19] Messineo, t. 2, *op. cit.*, p. 418.

[20] Por ejemplo, la renta vitalicia es un contrato ideado para terminar por la muerte de alguna de las partes, o incluso, por la de un tercero (artículo 2777).

ART. 690.—Los que tengan con relación al ausente, obligaciones que deban cesar a la muerte de éste, podrán también suspender su cumplimiento bajo la misma garantía.

El artículo 690 permite "suspender" el pago de las obligaciones que deban cesar por la muerte del ausente. El verbo "suspender" es utilizado correctamente, ya que si aparece el ausente o se tienen noticias de él deberá reanudarse el cumplimiento.

La declaración de presunción de muerte, en los casos en que su emisión no requiere la de ausencia,[21] produce, *a fortiori*, los efectos previstos por el artículo 690.

K. INTERDICCIÓN SUPERVENIENTE DE UNA DE LAS PARTES

a) CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA INTERDICCIÓN COMO CAUSA DE TERMINACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

La interdicción *sobrevenida* con posterioridad al otorgamiento del acto jurídico es, al igual que la muerte, una ineficacia funcional de carácter *excepcional*. Lo anterior quiere decir que, por regla general, el estado de interdicción declarado *después* de la celebración del acto no incide en su continuidad.[22] El incapaz podrá cumplir sus obligaciones por conducto de su tutor.

b) ACTOS JURÍDICOS QUE SE EXTINGUEN POR INTERDICCIÓN DE UNA DE LAS PARTES

Para que un acto jurídico finalice a consecuencia del estado de interdicción de alguna de las partes es necesario que una norma jurídica legal o convencional así lo establezca.

Por ejemplo, el mandato termina por la interdicción del mandante o por la del mandatario:

ART. 2595.—El mandato termina:...
IV. Por la interdicción de uno u otro;...

c) MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA TERMINACIÓN DEL ACTO JURÍDICO POR CAUSA DE INTERDICCIÓN

En los casos en que una norma jurídica prevea la interdicción superveniente como causa de extinción del acto jurídico, ésta tendrá verificativo hasta que la

[21] Artículo 705.

[22] La incapacidad de ejercicio de una de las partes *presente al momento de la celebración* del acto jurídico da lugar a una ineficacia estructural y no a una funcional.

incapacidad sea declarada formalmente por el órgano jurisdiccional.[23] Antes de este momento no puede decirse que el acto haya terminado *por esa causa*.

III. EFECTO DE LAS INEFICACIAS FUNCIONALES

El efecto de las ineficacias funcionales, como su nombre lo indica, es impedir que el acto jurídico continúe surtiendo sus consecuencias de Derecho. Sin embargo, el advenimiento de una generalmente no supone la finalización inmediata del acto.

Comúnmente la terminación de un acto jurídico atraviesa dos fases distintas: una de disolución y otra de liquidación.

A. DISOLUCIÓN DEL ACTO JURÍDICO

La disolución es el primer momento en la terminación de un acto jurídico. Tiene lugar por la actualización de una de las ineficacias funcionales estudiadas con anterioridad. Produce consecuencias por sí misma, como modificar o extinguir algunos de los efectos del acto y dar inicio al periodo de liquidación.

Por ejemplo, la revocación del mandato no termina el contrato, sino que solo extingue la facultad del mandatario de obrar a nombre y por cuenta del mandante. También da inicio a la fase de liquidación, en la que las partes habrán de cumplir las obligaciones pendientes.

B. LIQUIDACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

La liquidación es el segundo momento en la terminación del acto jurídico. Consiste en el pago de todas y cada una de las obligaciones pendientes.

Volviendo al mandato, una vez revocado quedarán subsistentes algunos créditos, como la obligación del mandante de reembolsar los gastos que hubiere hecho el mandatario, en su caso, o la del último de rendir cuentas.

[23] Artículo 462.

CAPÍTULO SEXAGÉSIMO PRIMERO

INEFICACIAS ESTRUCTURALES

I. INTRODUCCIÓN

Anteriormente señalamos que las ineficacias estructurales son las que se verifican a causa de un vicio concomitante a la celebración del acto jurídico.

Algunos autores las conceptualizan como defectos o *patologías*.[1] Otros como *sanciones* que el ordenamiento impone al acto que carece de un elemento esencial o de validez.[2]

No existe consenso sobre el número de ineficacias estructurales. Un sector de la Doctrina sigue una teoría *bipartita* y reconoce solo dos de ellas: la nulidad y la anulabilidad (o nulidad absoluta y nulidad relativa, respectivamente). El Código Civil vigente adopta una tesis *tripartita* y distingue entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. DERECHO ROMANO

Los juristas romanos conocieron la nulidad y la anulabilidad de los actos jurídicos, pero no desarrollaron una teoría sobre ellas ni las trataron de forma sistemática.[3] La doctrina de la inexistencia es producto de la modernidad.

B. DERECHO FRANCÉS ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN

El Derecho francés anterior a la codificación conoció dos ineficacias estructurales: la nulidad absoluta y la nulidad relativa.[4]

---

[1] TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, t. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 197.

[2] DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 285.

[3] *Cfr.* IGLESIAS, *op. cit.*, p. 167.

[4] LUTZESCO, Georges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 151-163.

C. Código Napoleón

El *Code* no estableció una distinción precisa y sistemática de las ineficacias estructurales. La Doctrina fue la que la desarrolló.

a) TESIS TRIPARTITA

La mayoría de los autores siguieron una tesis tripartita —posteriormente conocida como clásica— que distinguió entre inexistencia, nulidad y anulabilidad.

1. *Inexistencia*

El Código Napoleón no dedicó un solo artículo a regular, con alcance general, las causas y los efectos de la inexistencia. Esta figura se construyó a partir de lo previsto por diversas disposiciones. En particular tuvo gran importancia lo establecido por la siguiente:

> ART. 146.—No hay matrimonio cuando no hay consentimiento.

La doctrina de la inexistencia fue trasladada del matrimonio a los actos jurídicos patrimoniales.

2. *Nulidad absoluta*

La nulidad absoluta —o simplemente nulidad— fue concebida como la sanción impuesta por el ordenamiento a los actos jurídicos celebrados en contra de una prohibición legal.

3. *Nulidad relativa*

Causas de nulidad relativa fueron, según la tesis tripartita, la presencia de vicios del consentimiento y la incapacidad de una de las partes.[5]

b) TESIS BIPARTITA

No todos los autores estuvieron de acuerdo con que las ineficacias estructurales fueran tres. Algunos sostuvieron que solo debía distinguirse entre nulidad absoluta y nulidad relativa, desechando la inexistencia por considerarla edificada sobre un fundamento falso.[6]

---

[5] PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 57.

[6] LUTZESCO, *op. cit.*, p. 234.

c) TESIS UNITARIAS

Un tercer sector de la Doctrina se integró por juristas que consideraron que solo debía hablarse de nulidad, sin calificarla *a priori* de absoluta o de relativa. En este sentido se pronunciaron Gaudemet y Japiot.[7]

d) TESIS DE BONNECASE

Estudio aparte merece la tesis de Bonnecase, por ser la que adoptó el Código Civil de 1928.[8]

Comencemos por señalar que la de Bonnecase es una *teoría tripartita* que distingue entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

El autor parte de una concepción orgánica de las instituciones jurídicas, inspirada en las ideas de Savigny y de Ihering,[9] según la cual, el acto jurídico, al igual que las personas, nace, muere, actúa y es susceptible de padecer imperfecciones.

De acuerdo con esta concepción los elementos de los que depende la *existencia* del acto jurídico son tres: la manifestación de voluntad, el objeto y la solemnidad en los casos en que la Ley la exige.[10]

Habiendo precisado las causas de la inexistencia el autor avanza hacia las causas y los caracteres de la nulidad, no sin antes acentuar las marcadas diferencias que hay entre ambas figuras:

> *Fácil es advertir su diferencia* —indica—, *desde el punto de vista orgánico.* Un acto jurídico existe, como hemos dicho, cuando se encuentran reunidos un objeto, una voluntad y, según los casos, la expresión de ésta en una forma rigurosamente determinada. *Si falta íntegramente uno de estos elementos el acto será inexistente. En cambio, si uno de estos elementos es afectado en su integridad material o jurídica, el acto simplemente será nulo.*[11]

Bonnecase admite la clasificación de las nulidades en absolutas y relativas:

La nulidad absoluta resulta de la ilicitud del objeto,[12] puede ser invocada por todos los interesados, no desaparece por confirmación o por prescripción y una vez declarada no deja efecto alguno detrás de ella.

La nulidad relativa también puede derivar de la ilicitud del objeto, así como de la incapacidad de una de las partes o de la presencia de vicios del consentimiento.

---

[7] GAUDEMET, *op. cit.*, p. 163.

[8] BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 108; ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, p. 137; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 133.

[9] BONNECASE, *op. cit.*, p. 786.

[10] *Ibid.*, p. 787.

[11] *Ibid.*, p. 790.

[12] *Ibid.*, p. 782.

La clave para distinguir entre uno y otro tipo de nulidad es, a decir del autor, que la absoluta necesariamente debe reunir los tres caracteres que fueron señalados anteriormente. La relativa debe diferir cuando menos en uno de ellos, ya sea que solo algunas personas puedan invocarla, que pueda desaparecer por confirmación o por prescripción o que deje subsistentes algunos efectos después de haber sido declarada.

De lo expuesto se concluye que, de acuerdo con la tesis de Bonnecase, la nulidad absoluta y la relativa no son ineficacias radicalmente opuestas entre sí: una y otra pueden emanar de la misma causa y diferir solo en cuanto a las consecuencias que el legislador les atribuya en cada caso concreto.

D. Código Civil de 1884

Reguló la nulidad en un Capítulo ubicado dentro del Título denominado "De la rescisión y nulidad de las obligaciones". La distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa no fue expresamente reconocida por el Código Civil, sin embargo, la Doctrina y los Tribunales la admitieron.[13]

E. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

No regula las ineficacias estructurales en un solo apartado, sino que se refiere a ellas en varios. La Ley y la Doctrina alemanas distinguen entre nulidad e impugnabilidad.

F. Exposición de motivos del Código Civil de 1928

El Proyecto Original del Código Civil de 1928 seguía la tesis bipartita que distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa. Lo anterior se desprende de las siguientes líneas de su Exposición de Motivos:

> Tratándose de la nulidad de las obligaciones, se estableció una doctrina más clara y fundada. Como principio básico, se sostiene que sólo la ley puede establecer nulidades y éstas se dividen en absolutas y relativas, resultando las primeras de los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público. A la segunda categoría pertenecen todas las demás. Las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio por el juez, debe alegarlas el Ministerio Público, y no son susceptibles de ser confirmadas por la voluntad de las partes o invalidadas por la prescripción. Las nulidades relativas sólo pueden alegarlas las personas a cuyo favor han sido establecidas y pueden desaparecer por la confirmación. Las relaciones jurídicas, absolutamente nulas, no producen efectos ni antes ni después de la declaración de nulidad; en tanto que las afectadas de nulidad relativa, producen efectos jurídicos mientras que judicialmente no se declara su nulidad.

[13] *Cfr.* Licona Vite, Cecilia, "La nulidad en el Código Civil de 1884. Aplicación vigente de este ordenamiento", en *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, UNAM, México, 1985, pp. 161 y 162.

La Comisión Revisora alteró sustancialmente el Proyecto e introdujo por primera vez la inexistencia en nuestro Derecho.

El Código Civil vigente sigue la tesis tripartita de Bonnecase.[14] El legislador de 1928 introdujo la figura de la inexistencia y clasificó por primera vez las nulidades en absolutas y relativas.

En páginas siguientes estudiaremos las ineficacias estructurales interpretando los textos legales *de acuerdo con la doctrina de Bonnecase.*

III. INEXISTENCIA

A. Concepto

El Código Civil no prevé concepto alguno de "inexistencia".

Desde el punto de vista doctrinal es la sanción que la Ley impone a una apariencia de acto jurídico que carece de un elemento esencial para ser tal.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Sanción

La inexistencia, al igual que las demás ineficacias estructurales, es una sanción.[15]

- Impuesta por la Ley

La inexistencia emana únicamente de la Ley. Solo ésta puede establecer ineficacias estructurales.

El acto jurídico es el vehículo que permite a los particulares crear y reglamentar sus relaciones de Derecho. Su estructura es asunto delicado y está completamente sustraída del ámbito de la autonomía de la voluntad. Tiene sentido que el órgano facultado para reglamentar sus elementos esenciales y de validez sea el único autorizado para imponer sanciones a su inobservancia.

[14] Se atribuye al maestro Borja Soriano haber sugerido su adopción al legislador de 1928. *Cfr.* Ortiz Urquidi, *op. cit.*, p. 551.

[15] Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 285.

- Apariencia de acto jurídico

La inexistencia es una sanción impuesta a una *apariencia de acto jurídico*, categoría que comprende, de acuerdo con la teoría alemana, al acto jurídico en sentido estricto y al negocio jurídico.

No pasamos inadvertida la contradicción que envuelve la expresión "acto inexistente" o lo absurdo que parece concebir la inexistencia como una sanción a la nada.[16]

En efecto, el vocablo "acto" proviene del latín *actum*, y se refiere al participio del verbo *ago, agis, agere, actus, acta, actum*, que se traduce como "hecho", de manera que la expresión "acto inexistente" significa, literalmente, "lo hecho que no existe".

El "acto inexistente" no es acto y la inexistencia no sanciona la nada. Lo que en su caso hay y se sanciona es una *apariencia de acto jurídico*.[17]

La manera más pura, desde el punto de vista lógico, de conceptualizar la inexistencia es como la *ausencia de acto jurídico*.[18] Sin embargo, está definición poco revela sobre sus causas y sobre su naturaleza jurídica.

- Carece de un elemento de esencia

La inexistencia es resultado de la falta de uno de los elementos esenciales del acto jurídico previstos por la Ley. Son elementos esenciales la voluntad o consentimiento, el objeto y la solemnidad en los casos en que la Ley la exige.

B. Causas de inexistencia

La inexistencia se verifica por la ausencia de un elemento esencial del acto jurídico:

> Art. 2224.—El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno...

a) Falta de voluntad o de consentimiento

La falta de voluntad o de consentimiento es la primera causa de inexistencia prevista por el Código Civil.

La falta de voluntad afecta a los actos jurídicos *unilaterales*, mientras que la de consentimiento a los *bilaterales* y a los *plurilaterales*. Debe criticarse al legislador por no haber hecho esta distinción.

---

16 *Cfr.* Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 122.

17 *Cfr.* Castán Tobeñas, t. 1, v. 2, *op. cit.*, p. 922.

18 *Loc. cit.*

Los supuestos en que falta la voluntad o el consentimiento del autor o de las partes de un acto jurídico, respectivamente, son los siguientes:

1. Falta absoluta de manifestación de voluntad.[19]
2. Falta de aptitud para formar una voluntad jurídica.[20]
3. Formación indebida del consentimiento.[21]
4. Presencia de un error obstáculo.
5. Violencia absoluta.
6. Falso representante.[22]
7. Simulación absoluta.

b) Falta de objeto

La falta de objeto es la segunda causa de inexistencia que prevé el Código Civil. Conviene distinguir entre la falta de objeto directo y la falta de objeto indirecto.

1. *Falta de objeto directo*

El objeto directo del contrato, y del acto jurídico en general, es producir consecuencias jurídicas. El único requisito que debe satisfacer es que sea posible desde el punto de vista del Derecho.

2. *Falta de objeto indirecto*

El objeto indirecto del contrato, y del acto jurídico en general, es el bien que debe darse, el hecho que debe prestarse o la abstención que debe observarse.

c) Falta de solemnidad

La falta de solemnidad es la tercera causa de inexistencia del acto jurídico. En el capítulo décimo tercero la definimos como el requisito de forma que la Ley establece para que haya acto jurídico. En otras palabras: como la forma elevada a elemento de esencia.

---

19 Por ejemplo, piénsese en la persona que falsifica la firma de otra para aparentar que se ha celebrado un contrato entre ellas.

20 Carecen de voluntad jurídica, por ejemplo, los menores de cierta edad y las personas que padecen trastornos mentales absolutos. Si alguno de ellos manifiesta querer celebrar un acto jurídico habrá de considerarse inexistente por falta de voluntad o de consentimiento.

21 Por ejemplo, no habrá consentimiento si la oferta de contratar es aceptada con posterioridad al plazo previsto por el oferente o por la Ley. Tampoco si el destinatario de la oferta responde sin una aceptación lisa y llana.

22 No habrá consentimiento si el acto jurídico es otorgado por quien carece de facultades para obrar a nombre y por cuenta de otro.

El artículo 2224 anteriormente trascrito solo menciona la falta de consentimiento y la de objeto como hipótesis de inexistencia. El artículo 1794, que establece los elementos esenciales del contrato, no incluye la solemnidad.[23] La Doctrina ha tenido que recurrir al siguiente dispositivo para fundamentar que su falta produce la inexistencia del acto jurídico:

> ART. 2228.—La falta de forma establecida por la ley, *si no se trata de actos solemnes*, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

Conforme al artículo trascrito la falta de forma establecida por la Ley, si no se trata de actos solemnes, produce la nulidad relativa del acto. A *contrario sensu*, la falta de forma establecida por la Ley, tratándose de actos solemnes, produce una consecuencia distinta de la nulidad relativa.

El legislador cometió el error de no indicar expresamente la sanción aplicable al "acto" carente de solemnidades. La consecuencia debe ser, en congruencia con el concepto de solemnidad y con la teoría de Bonnecase, que no haya acto jurídico.[24]

Los artículos 1794 y 2224 deberían reformarse a fin de que prevean la solemnidad como elemento esencial del acto jurídico.

C. CONSECUENCIAS DE LA INEXISTENCIA

El acto jurídico inexistente, establece el artículo 2224, *no producirá efecto legal alguno*. La consecuencia no podría ser otra, atendiendo a que el "acto inexistente" es la nada jurídica. Lo anterior debe tomarse con los siguientes matices.

a) CONSECUENCIAS DE DERECHO DERIVADAS DE *HECHOS* QUE CONFIRIERON APARIENCIA JURÍDICA AL "ACTO INEXISTENTE"

Una de las críticas encaminadas a demostrar la falsedad de la tesis de la inexistencia es que el "acto" afectado por ella sí puede producir efectos jurídicos. El razonamiento de sus seguidores parte de un ejemplo como el siguiente:

Supóngase que una persona "vende" a otra un bien que no existe en la naturaleza ni puede llegar a existir. Piénsese que el "comprador" entrega diez mil pesos al "vendedor" para "pagar" el "precio". Los detractores de la teoría de la

[23] "ART. 1794.—Para la existencia del contrato se requiere:
I. Consentimiento;
II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

[24] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, p. 140.

inexistencia sostienen que en esta hipótesis el "contrato" sí producirá consecuencias de Derecho, a pesar de carecer de objeto. La entrega del dinero por parte del "comprador" le conferirá la facultad de reclamar su devolución así como la de obtener el resarcimiento de los daños y/o perjuicios derivados de la conducta fraudulenta del "vendedor". Si la "compraventa" fuera inexistente, preguntan, ¿cómo podrían explicarse estos efectos jurídicos?

La crítica apuntada puede superarse con facilidad, ya que parte de una confusión: no deben equipararse las consecuencias que derivan de los *hechos* que dieron apariencia jurídica al "contrato" con las que eran propias de éste.[25]

b) PRODUCCIÓN DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR EL "ACTO INEXISTENTE"

Excepcionalmente el acto afectado por inexistencia producirá los efectos que le son propios. Los supuestos en que esto acontece están orientados a proteger la seguridad de tráfico y los derechos de terceros.

Partamos del siguiente ejemplo: supóngase que Juan es declarado heredero de Carlos y que dentro de la masa hereditaria hay un inmueble. Piénsese que Juan vende el inmueble heredado a un tercero de buena fe y que la operación se inscribe en el Registro Público de la Propiedad. Con posterioridad a la celebración e inscripción del contrato aparece Luis, quien demuestra que es el verdadero heredero por haber sido Juan "incapaz" de heredar en virtud de una de las hipótesis previstas por la Ley.[26] Si el órgano jurisdiccional declara a Luis heredero habremos de considerar que la enajenación realizada por Juan fue inexistente, ya que careció de legitimación para llevarla a cabo; en otras palabras: no pudo transmitir lo que no era suyo. De seguir este razonamiento Luis podría exigir al "comprador" la devolución del inmueble que se halla en su poder. Sin embargo, la Ley ofrece una solución distinta:

> ART. 1343.—Si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad, hubiere enajenado o gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discuta su incapacidad, y aquel con quien contrató hubiere tenido buena fe, *el contrato subsistirá*; mas el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo, de todos los daños y perjuicios.

La norma trascrita ordena la *subsistencia* de las enajenaciones y gravámenes otorgados por el heredero aparente, siempre que hayan sido llevadas a cabo en favor de terceros de buena fe. Lo obliga también a indemnizar al heredero legí-

[25] BONNECASE, *op. cit.*, p. 789.

[26] Artículo 1313.

timo de los daños y/o perjuicios que le hubiere ocasionado. La *ratio iuris* de esta disposición es proteger la buena fe de los terceros que hubiesen contratado con el heredero aparente, así como garantizar la seguridad de tráfico.

Las hipótesis en que un "acto inexistente" haya de producir las consecuencias jurídicas que le son propias son de interpretación estricta por constituir excepciones a la regla general prevista por el artículo 2224.

c) INEXISTENCIA PARCIAL

Es posible también que una causa de inexistencia afecte a un acto jurídico solo *parcialmente*.

Por ejemplo, puede ocurrir que una persona pretenda vender un departamento y un cajón de estacionamiento, cada uno unidades privativas del mismo condominio, cuando solo era propietaria del primero. ¿Deberá considerarse toda la compraventa inexistente o únicamente por lo que respecta al cajón de estacionamiento? Supóngase también que tres personas celebran un contrato de sociedad civil y que una padeció un error obstáculo ¿la sociedad será inexistente en su totalidad o podrá subsistir sin la persona que incurrió en el citado error?

El principio de conservación del acto jurídico[27] conduce a procurar su subsistencia en la medida de lo posible, ya que, como afirma Trabucchi, "existe una tendencia legislativa, social y económica conveniente a conservar la eficacia de los actos jurídicos".[28] Este principio inspiró la siguiente norma:

> ART. 2238.—El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera.

El numeral trascrito regula la nulidad parcial del acto jurídico, no su inexistencia. Reservaremos su glosa para apartados siguientes, sin embargo, desde ahora diremos que la consideramos aplicable por analogía a los casos de inexistencia. El acto *parcialmente* inexistente no debe serlo totalmente si las partes que lo forman pueden subsistir de modo independiente, a menos que se demuestre que al celebrarse se quiso que solo íntegramente subsistiera.

D. CARACTERES DE LA INEXISTENCIA

El Código Civil atribuye los siguientes caracteres a la inexistencia:

[27] "ART. 1853.—Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto."

[28] TRABUCCHI, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

> ART. 2224.—El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. *No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.*

Procederemos a comentar cada uno.

a) LA INEXISTENCIA NO DESAPARECE POR CONFIRMACIÓN

La primera característica de la inexistencia es que el "acto" afectado por ella no es susceptible de valer por confirmación, esto es, sus otorgantes no pueden erradicar voluntariamente el vicio que lo afecta a fin de hacerlo eficaz. Lo anterior se debe, en palabras de Bonnecase, a que la nada no puede confirmarse.

Sin embargo, es posible que los interesados, conociendo la causa de inexistencia que impidió el nacimiento del acto, deseen obtener sus consecuencias de todos modos. En estos casos podrán *celebrarlo*, y no *confirmarlo*, si el vicio que produjo la ineficacia deja de estar presente.

Por ejemplo, es posible que una persona que incurrió en error obstáculo sobre la identidad del negocio quiera, una vez advertido su error, celebrarlo en las condiciones originalmente concertadas.

La diferencia esencial entre la *celebración* y la *confirmación* es que la primera da vida a un acto nuevo, mientras que la segunda suprime los vicios de uno preexistente.

b) LA INEXISTENCIA NO DESAPARECE POR PRESCRIPCIÓN

La segunda característica de la inexistencia es que no hay un límite de tiempo para hacerla valer.[29]

En efecto, el tiempo no convierte lo inexistente en existente, por lo que los interesados podrán invocar la inexistencia en todo momento. Sin embargo, esto no significa que siempre puedan volverse las cosas al estado que tenían antes de la "celebración" del "acto".

Por ejemplo, si una persona recibió la posesión de un bien en ejecución de un "acto inexistente" podrá negarse a devolverlo si ha transcurrido tiempo suficiente para adquirirlo por usucapión.[30]

c) LA INEXISTENCIA PUEDE SER INVOCADA POR TODO INTERESADO

La inexistencia puede hacerse valer, ya sea por vía de acción o de excepción, por todo *interesado*.

[29] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, p. 132.

[30] *Cfr.* Pérez González y ALGUER, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, t. 2, *op. cit.*, p. 366. En igual sentido GAUDEMET, *op. cit.*, p. 161.

El artículo 2224 utiliza la palabra "interesado" y no "persona", lo que implica que no cualquiera puede invocar la inexistencia, sino solo el que tenga interés jurídico en ello.[31]

Los otorgantes del acto jurídico son los principales *interesados* en que se declare o no su inexistencia. Sin embargo, pueden haber terceros con el mismo interés, como los acreedores o los deudores de aquéllos.

d) INTERVENCIÓN DEL JUEZ

El papel del Juez en materia de inexistencia se limita a *reconocerla*, sin que sea necesaria una decisión suya para evitar que el "acto inexistente" produzca sus efectos.[32]

E. INCONGRUENCIA SISTEMÁTICA DERIVADA DE LA INCLUSIÓN DE LA INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

De acuerdo con lo comentado en los antecedentes de este capítulo la inexistencia fue agregada de último minuto a nuestro Código Civil. Su inclusión no fue producto de largas y profundas disquisiciones, lo que se ve reflejado en la precariedad de su regulación: solo el artículo 2224 se refiere a ella.

La introducción de la inexistencia dio lugar a incongruencias sistemáticas en nuestro ordenamiento.

Por incongruencia sistemática entendemos la falta de coherencia lógica entre dos disposiciones o figuras jurídicas, ya sea porque exista contradicción entre ellas, porque den lugar a inferencias inválidas, porque alguna presuponga una premisa equivocada, entre otras. En tratándose de la inexistencia la incongruencia se produjo como sigue: con anterioridad a la reforma existía un conjunto normativo "A" (tesis bipartita de las ineficacias) que era congruente en sí mismo, los cambios legislativos introdujeron un conjunto normativo "B" (tesis tripartita de las ineficacias) y éste resulta incompatible con disposiciones vigentes del conjunto "A". En términos simples: se añadió la figura de la inexistencia sin ajustar las disposiciones provenientes del Código Civil de 1884 que aludían únicamente a la nulidad.[33]

Lo expresado explica por qué muchos "actos" que debieron ser calificados de inexistentes son sancionados por la Ley con nulidad. Los "actos" celebrados por el falso representante (artículo 1802), los simulados absolutamente (artículo 2184) y la "venta de cosa ajena" (artículo 2270) son ejemplos de ello.

---

31 ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, p. 132.

32 *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 123.

33 LICONA VITE, *La Nulidad en el Código Civil de 1884...*, *op. cit.*, 169.

De iure condendo proponemos una reforma integral que extienda la teoría de la inexistencia a todos los apartados del Código Civil. Mientras ésta no se lleve a cabo sugerimos a los practicantes del Derecho, y particularmente a los Jueces y Magistrados, hacer una interpretación correctora de las disposiciones que aluden a la nulidad debiendo haberse referido a la inexistencia.

IV. NULIDAD ABSOLUTA

A. CONCEPTO

a) CONCEPTO DE NULIDAD ABSOLUTA

La nulidad absoluta no se encuentra definida por el Código Civil.

Desde el punto de vista doctrinal puede definirse como la sanción que la Ley impone a un acto jurídico celebrado en contra de una norma de orden público o de las buenas costumbres y que no desaparece por confirmación, ni por prescripción y puede ser invocada por todo interesado.

Procederemos a desarrollar el concepto propuesto.

- Sanción

La nulidad absoluta es una sanción en los mismos términos en que lo es la inexistencia.

- Impuesta por la Ley

La nulidad absoluta, como cualquier ineficacia estructural, solo puede emanar de la Ley.

Los particulares no pueden convenir hipótesis de nulidad absoluta ni modular sus efectos por tratarse de una materia sustraída del ámbito de la autonomía de la voluntad.

- Acto jurídico

La nulidad absoluta afecta únicamente a los actos jurídicos, categoría que comprende a los actos jurídicos *stricto sensu* y a los negocios jurídicos. Los hechos jurídicos en sentido estricto no pueden verse afectados por ella.

- Celebrado en contra de una norma de orden público o de las buenas costumbres

La nulidad absoluta deriva de haberse celebrado un acto jurídico en contra de lo preceptuado por una norma de orden público o de las buenas costumbres.

- No desaparece por confirmación, ni por prescripción y puede ser invocada por todo interesado.

La nulidad solo recibe el calificativo "absoluta" si, además de fundarse en la ilicitud del acto, reúne tres características: no debe desaparecer por confirmación, no debe desaparecer por prescripción y debe poder ser invocada por todo interesado. Si falta alguna la nulidad no será absoluta, sino relativa. Lo anterior se conoce como "principio de rigidez de la nulidad absoluta", tema que retomaremos en páginas siguientes.

b) TERMINOLOGÍA

Antes de avanzar hacia el estudio de las causas de nulidad absoluta conviene hacer algunas precisiones sobre el lenguaje utilizado en esta materia.

La palabra "nulidad" proviene del latín *nullus, nulla, nullum*, que se traduce como "ninguno" o "ninguna". A su vez, *nullus* proviene del sustantivo *nihil*, que significa "nada"; consecuentemente, las expresiones "nulidad absoluta" y "nulidad relativa" significan, respectivamente, "la nada de nada" y "la nada de algo".

Para evitar el absurdo lingüístico y poner orden en la terminología autores como Planiol y Ripert propusieron referirse a la nulidad absoluta simplemente como "nulidad" y a la relativa como "anulabilidad".[34]

En lo sucesivo usaremos indistintamente las expresiones "nulidad absoluta" o "nulo" para referirnos a la nulidad absoluta y "nulidad relativa" o "anulabilidad" para designar la nulidad relativa.

B. CAUSAS DE NULIDAD ABSOLUTA

Las causas de nulidad absoluta se encuentran previstas por el siguiente artículo:

> ART. 2225.—La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Lo dispuesto por la norma trascrita debe complementarse con lo establecido por la siguiente:

> ART. 8.—Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

De acuerdo con el primero de los numerales citados "la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley". El segundo artículo sanciona con nulidad, sin especificar de qué tipo, a "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público". Debemos enfatizar que mientras el artículo 2225 establece que la ilicitud puede ser causa de nulidad absoluta o relativa, el artículo 8° solo alude a nulidad.

Es necesario resolver si uno y otro numeral tratan el mismo o diversos supuestos. Partamos de las siguientes preguntas: ¿lo que trasgrede el interés público necesariamente es ilícito? ¿Lo que contraviene una norma prohibitiva lo es?

Con relación a la primera interrogante no tenemos objeción en reconocer que lo contrario al interés público necesariamente es ilícito. Esto resulta del concepto de hecho ilícito: "el que es *contrario a las leyes de orden público* o a las buenas costumbres" (artículo 1830). Las expresiones "orden público" e "interés público" son utilizadas como sinónimas tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales.[35]

La segunda interrogante amerita mayor análisis, ya que no consideramos que todo lo que contravenga una norma prohibitiva necesariamente sea ilícito. En efecto, el hecho de que una disposición esté redactada a manera de prohibición no significa que tutele siempre el interés público ni que el particular deba abstenerse de renunciar a lo previsto por ella. Sirva de ejemplo la siguiente:

> ART. 2280.—No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:...
>
> II. Los mandatarios;...

El artículo citado se encuentra redactado en sentido prohibitivo, sin embargo, no tutela el interés público, sino el del mandante. La prohibición se funda en que si se permitiera al mandatario comprar los bienes del mandante incurriría en un conflicto de intereses: querría comprar a poco precio lo que debe vender al mayor posible. Sin embargo, el conflicto puede evitarse si el mandante fija de antemano el precio mínimo que espera recibir por su bien. Si el mandatario estuviera dispuesto a pagarlo ¿qué mal le causaría? Resulta evidente que en la hipótesis de mérito no se contraviene el orden público ni existe una razón que justifique excluir el pacto en contrario.

Lo expuesto nos permite derivar que no toda norma prohibitiva es de orden público y que los actos ejecutados en su contra no siempre deben sancio-

---

[34] *Cfr.* PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 55.

[35] Véase por ejemplo tesis aislada intitulada "LEYES DE ORDEN PÚBLICO, RENUNCIA DE LAS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)", con número de registro "308917", emitida por la extinta Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª Época; Tomo LXX; Pág. 1195.

narse con nulidad. Solo las normas prohibitivas *de orden público* deben producir esta ineficacia.

Concluimos que la *ilicitud* es la única causa de nulidad absoluta. Ésta, de acuerdo con el artículo 2225, puede recaer en el objeto, en el fin o en la condición del acto jurídico.[36]

C. Consecuencias de la nulidad absoluta

La nulidad absoluta produce el siguiente efecto jurídico:

> Art. 2226.—La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad...

Lo previsto por el numeral trascrito difiere notoriamente de lo expresado por el legislador en la Exposición de Motivos del Código Civil. En ésta manifestó: "Las relaciones jurídicas, absolutamente nulas, *no producen efectos ni antes ni después de la declaración de nulidad*".

En contraste, el artículo 2226 dispone que: "la nulidad absoluta *por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos...*".

El cambio de criterio se debió a la introducción de la doctrina de Bonnecase por parte de la Comisión Revisora del Proyecto. Conforme a las ideas del jurista galo el acto viciado de nulidad absoluta produce sus consecuencias de Derecho mientras ésta no sea declarada.[37]

En relación con lo previsto por el artículo 2226 analizaremos cuatro aspectos: la destrucción retroactiva de los efectos del acto nulo, la nulidad de pleno derecho, la nulidad parcial y las consecuencias de la nulidad absoluta con relación a terceros.

a) Destrucción retroactiva de los efectos del acto nulo

El acto afectado de nulidad absoluta, dispone el artículo 2226, produce provisionalmente sus consecuencias jurídicas por regla general. Esto significa que se crearán, transmitirán, modificarán o extinguirán transitoriamente derechos y obligaciones en contra de lo preceptuado por normas de orden público o por las buenas costumbres.

[36] Debemos insistir en que la ilicitud es causa tanto de nulidad absoluta como de relativa y que, de acuerdo con la tesis de Bonnecase, estas ineficacias solo se distinguen por los caracteres que la Ley les atribuye.

[37] Bonnecase, *op. cit.*, p. 789.

Lo anterior pudiera parecer absurdo, sin embargo, es comprensible a la luz de la teoría de Bonnecase, que requería diferenciar la inexistencia de la nulidad absoluta tanto por sus causas como por sus efectos.

Las consecuencias producidas por el acto nulo serán destruidas retroactivamente una vez que el órgano jurisdiccional pronuncie la nulidad.

b) Nulidad de pleno derecho

El artículo 2226 establece que la nulidad absoluta, por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos. *A contrario sensu* sí impide, excepcionalmente, la producción transitoria de consecuencias jurídicas.

La Doctrina denomina "nulidad de pleno derecho" a la que produce sus efectos inmediatamente y sin necesidad de declaración judicial. La Ley utiliza esta denominación en el siguiente artículo:

> Art. 1724.—Son *nulas de pleno derecho* las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas.

El numeral anotado es el único en el Código Civil que se refiere expresamente a la nulidad de pleno derecho. Sin embargo, consideramos que existen otras normas que la prevén sin que el legislador haya utilizado su nombre.

Por ejemplo, las disposiciones que ordenan que alguna cláusula de un contrato se tenga por no puesta regulan, a nuestro parecer, hipótesis de nulidad de pleno derecho.[38] Sirva de referencia la siguiente, ubicada dentro del Capítulo sobre los arrendamientos de fincas urbanas destinadas a la habitación:

> Art. 2448.—Las disposiciones contenidas en este capítulo son de orden público e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia *cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.*

Con relación a esta clase de nulidad conviene tener presentes dos ideas:

La primera, que aunque produzca sus efectos inmediatamente y sin necesidad de declaración judicial, en caso de controversia será necesario acudir ante un Juez para que la constate y, en su caso, ordene la restitución material de lo que se hubiere prestado.[39] En la práctica dará resultados muy semejantes a los de la nulidad absoluta ordinaria.

La segunda, que la nulidad de pleno derecho es excepcional y, por lo tanto, solo se presenta en los casos expresamente previstos por la Ley. La Supre-

[38] En sentido similar Domínguez Martínez, *Derecho Civil: Parte General...*, *op. cit.*, pp. 653 y 654.

[39] *Loc. cit.*

ma Corte de Justicia de la Nación confirmó lo anterior en la tesis de rubro y texto:

NULIDAD. NO EXISTE DE PLENO DERECHO.—*Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho*, sino que las nulidades deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente.[40]

c) NULIDAD PARCIAL

Al tratar la inexistencia señalamos que el principio de conservación del acto jurídico conduce a procurar su subsistencia siempre que sea posible. En este principio se inspiró la siguiente norma:

> ART. 2238.—El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera.

El numeral trascrito es una innovación del legislador de 1928.

Enneccerus, Kipp y Wolff explican que la nulidad parcial puede presentarse tanto respecto de negocios jurídicos complejos como de unitarios.[41]

Los negocios jurídicos complejos son los que involucran prestaciones de dos o más contratos distintos. Por ejemplo, supóngase que una persona se obliga para con otra, a cambio de una suma de dinero, a entregarle una motocicleta a título traslativo de dominio y a enseñarle cómo manejarla para evitar ser aprehendida después de cometer un asalto. En esta hipótesis estaremos frente a un *negocio complejo*, ya que el enajenante contraerá obligaciones propias de la compraventa y de la prestación de servicios profesionales. El contrato solo será ilícito en lo relativo a la obligación de hacer del enajenante y éste podrá evitar la nulidad total si demuestra que el adquirente lo hubiera celebrado aún sin ella.

Por lo que respecta a los negocios unitarios, los casos de nulidad parcial generalmente se presentan cuando una cláusula *accidental* contraría una disposición de orden público.[42]

Por ejemplo, la Ley prohíbe al vendedor convenir con el comprador que el bien materia del contrato no pueda venderse a persona alguna.[43] Si lo acuerdan

[40] Registro No. 392424, Localización: Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo IV, Parte SCJN, Página: 200, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

[41] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, *op. cit.*, pp. 358-360.

[42] TRABUCCHI, t. 1, *op. cit.*, p. 199.

[43] "ART. 2301.—Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona; pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna."

la nulidad absoluta solo afectará a esta cláusula, a menos que se demuestre que al celebrarse el negocio "se quiso que sólo íntegramente subsistiera".

d) CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD ABSOLUTA CON RELACIÓN A TERCEROS

La destrucción retroactiva de los efectos del acto nulo puede complicarse si un tercero adquirió la propiedad u otro derecho real o de crédito sobre lo que constituyó su objeto.

Por ejemplo, supóngase que una persona vende a otra un inmueble con la finalidad de mantener en él a personas secuestradas y que la operación se inscribe en el Registro Público de la Propiedad. Tiempo después el comprador vende el bien a un tercero de buena fe y el contrato también se inscribe en el mencionado Registro. Si se declara la nulidad absoluta de la primera enajenación ¿deberá el tercero restituir el inmueble?

El Código Civil ofrece la siguiente solución:

> ART. 2242.—Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietario de él en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe.

El numeral citado se refiere únicamente a *inmuebles*. Establece que los derechos reales o de crédito transmitidos a terceros por quien llegó a ser propietario de aquéllos en virtud de un acto anulado "quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras no se cumpla la prescripción". De aplicar esto a nuestro ejemplo concluiríamos que el tercero se vería afectado por la declaración de nulidad y debería restituir el inmueble respectivo.

Sin embargo, la parte final del artículo 2242 establece: "observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe". Lo anterior conduce a las siguientes normas:

> ART. 3008.—La inscripción de los actos o contratos en el Registro Público tiene efectos declarativos, por lo tanto no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, ni protege los derechos inscritos cuya causa de nulidad resulte claramente del mismo registro.

> ART. 3009.—No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán en perjuicio de tercero de buena fe una vez

inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante o de titulares anteriores en virtud de título no inscrito aún siendo válido o por causas que no resulten claramente del mismo Registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al último adquirente cuya adquisición se haya efectuado en violación a disposiciones prohibitivas o de orden público. En cuanto a adquirentes a título gratuito, gozarán de la misma protección registral que la que tuviere su causante o transferente...

El segundo de los artículos trascritos resuelve en definitiva el caso planteado. Establece que: "los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán en perjuicio de tercero de buena fe una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante...". De esto concluimos que el tercero podrá conservar la propiedad del inmueble a pesar de la nulidad del título de su enajenante.

El artículo 3009 niega la protección registral "al último adquirente cuya adquisición se haya efectuado en violación a disposiciones prohibitivas o de orden público". En nuestro ejemplo la adquisición *del tercero* no contravino norma alguna, por lo que no le es aplicable esta exclusión.

La parte final del párrafo trascrito concede a los adquirentes a título gratuito "la misma protección registral que la que tuviere su causante o transferente". En el ejemplo planteado el tercero adquirió en virtud de una compraventa, por lo que su protección registral es independiente de la de su causante.[44]

En lo relativo a las operaciones sobre inmuebles que no hubiesen sido inscritas en el Registro Público de la Propiedad deberá estarse a lo previsto por la primera parte del artículo 2242: "los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietario de él en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor...".

Por lo que respecta a las operaciones sobre *muebles*, el Código Civil no prevé disposición alguna encaminada a proteger a terceros de buena fe contra la nulidad de los actos de adquisición de sus causantes. Opinamos que deberá estarse a lo previsto por la primera parte del citado artículo 2242.

D. CARACTERES DE LA NULIDAD ABSOLUTA

De acuerdo con la doctrina de Bonnecase la nulidad absoluta debe reunir forzosamente tres caracteres: no debe desaparecer por confirmación, no debe

[44] Por el contrario, si hubiese adquirido por donación quedaría sujeto al mismo régimen de su transferente y tendría que devolver el inmueble.

desaparecer por prescripción y debe poder ser invocada por todo interesado. Todos ellos fueron incorporados en el siguiente artículo:

ART. 2226.—La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. *De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.*

Procederemos a comentar cada uno.

a) LA NULIDAD ABSOLUTA NO DESAPARECE POR CONFIRMACIÓN

La nulidad absoluta no desaparece por confirmación, lo que parece lógico atendiendo a que las partes no pueden erradicar el vicio de ilicitud que padece el acto celebrado por ellas.[45]

b) LA NULIDAD ABSOLUTA NO DESAPARECE POR PRESCRIPCIÓN

La nulidad absoluta tampoco desaparece por prescripción, lo que significa que la acción y excepción respectivas pueden hacerse valer en todo momento. El tiempo es incapaz de reparar el vicio de ilicitud que aqueja al acto nulo.

Aunque la nulidad absoluta pueda demandarse y oponerse en cualquier tiempo, la restitución material de lo obtenido en virtud del acto nulo será improcedente si ha transcurrido el tiempo fijado por la Ley para la usucapión.[46]

c) LA NULIDAD ABSOLUTA PUEDE SER INVOCADA POR TODO INTERESADO

La nulidad absoluta puede ser invocada por todo *interesado* y no por toda persona. El concepto de interesado fue tratado al estudiar la inexistencia.

d) INTERVENCIÓN DEL JUEZ

La intervención del Juez en materia de nulidad absoluta es regulada por el mismo artículo 2226:

ART. 2226.—La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente *cuando se pronuncie por el juez la nulidad...*

[45] *Cfr.* LUTZESCO, *op. cit.*, p. 271.

[46] *Cfr.* ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, p. 151.

De acuerdo con el numeral trascrito es necesaria una resolución del órgano jurisdiccional para que las consecuencias del acto afectado por nulidad absoluta sean destruidas retroactivamente. Mientras que la inexistencia solo requiere ser *constatada* o *reconocida* por el Juez, la nulidad absoluta debe ser *declarada* o *pronunciada* por él.

Exceptúese la llamada "nulidad de pleno derecho" que, como dijimos, produce sus efectos inmediatamente y sin necesidad de declaración judicial en los casos expresamente previstos por la Ley.

E. Equiparación de la inexistencia con la nulidad absoluta

a) Planteamiento

Una de las objeciones más recurrentes contra la doctrina de la inexistencia es que, en apariencia, produce el mismo resultado práctico que la nulidad absoluta una vez que ésta es declarada por el Juez.

Distinguir la inexistencia de la nulidad absoluta por sus causas es relativamente sencillo: la primera deviene de la falta de un elemento esencial, la segunda de la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición. Sin embargo, en lo concerniente a los efectos de una y otra ineficacia pareciere imposible distinguirlas una vez que la nulidad absoluta ha sido pronunciada por el órgano jurisdiccional.

La dificultad para diferenciar la inexistencia de la nulidad absoluta, desde el punto de vista de sus efectos, fue una de las razones que condujeron a que ordenamientos modernos prescindieran de la tesis tripartita. Este es el caso del Código Civil italiano de 1942.[47]

b) Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Durante la Sexta Época la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una tesis de Jurisprudencia en la que se pronunció sobre las diferencias entre la inexistencia y la nulidad absoluta. Su texto es el siguiente:

> Nulidad e inexistencia. Sus diferencias son meramente teóricas.—Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades.[48]

[47] Messineo, t. 2, *op. cit.*, p. 262.

En la tesis trascrita la Suprema Corte reconoció que existen diferencias entre la inexistencia y la nulidad absoluta (a la que llamó simplemente nulidad) y que el Código Civil pretendió introducir la doctrina tripartita de las ineficacias. Sin embargo, sostuvo también que las diferencias son *meramente teóricas*, ya que "el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades". Para fundamentar su postura citó disposiciones que tratan como nulos actos que debieron ser regulados como inexistentes.

El argumento utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para concluir que las diferencias entre una y otra ineficacia son meramente teóricas nos parece pobre. Es cierto que el Código Civil califica como nulos algunos actos que debieran ser inexistentes, empero, esto se debe a la incongruencia sistemática denunciada en páginas precedentes.

La inexistencia fue introducida en nuestro ordenamiento por la Comisión Revisora del Proyecto, la que no tuvo el cuidado de ajustar las disposiciones provenientes del Código Civil de 1884 que preveían únicamente la nulidad. Lo que el Máximo Tribunal interpreta como algo deliberado fue solo un descuido del legislador.

La posición del Alto Tribunal debió ser precisamente la inversa: debió efectuar una interpretación correctora de las normas que aluden a la nulidad debiendo haberse referido a la inexistencia. Lo anterior hubiese sido mucho más afín con la verdadera intención del legislador de 1928:

> Si los señores ministros —expresa Gutiérrez y González— encontraron casos en los que el legislador empleó indebidamente la palabra nulidad, por inexistencia, ello no les autoriza a concluir que la teoría está mal, sino en todo caso les autoriza a decir o aclarar que el legislador empleó mal la expresión. A eso sí les autoriza su competencia de miembros del Poder Judicial de los Estados Unidos Mexicanos.[49]

De mayor robustez es el argumento citado en el inciso que antecede, consistente en que la inexistencia no puede distinguirse de la nulidad absoluta una vez que ésta ha sido declarada por el juzgador. Más adelante volveremos sobre él.

[48] Registro No. 913239, Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice 2000, Tomo IV, Civil, Página: 249, Jurisprudencia, Materia(s): Civil.

[49] Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 144.

V. NULIDAD RELATIVA

A. Concepto

a) CONCEPTO DE NULIDAD RELATIVA

El Código Civil tampoco ofrece un concepto de nulidad relativa.

Desde el punto de vista doctrinal puede definirse como la sanción que la Ley impone a un acto jurídico que carece de un requisito de validez y que no reúne todos los caracteres de la nulidad absoluta.

Procederemos a desglosar el contenido de la definición propuesta.

- Sanción

La nulidad relativa es una sanción igual a como lo es la inexistencia y la nulidad absoluta.

- Impuesta por la Ley

La nulidad relativa, como cualquier otra ineficacia estructural, solo puede emanar del texto legal.

Los particulares no pueden convenir hipótesis de nulidad relativa, sin embargo, dado que ésta se encamina a proteger intereses privados es posible que modulen sus consecuencias siempre que con ello no lesionen el orden público ni derechos de terceros.

- Acto jurídico

La nulidad relativa afecta únicamente a los actos jurídicos, no así a los hechos jurídicos en sentido estricto.

- Carece de un requisito de validez

La nulidad relativa resulta de que un acto jurídico carezca de alguno de los requisitos de validez previstos por el siguiente artículo:

> ART. 1795.—El contrato puede ser invalidado:
> I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
> II. Por vicios del consentimiento;
> III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
> IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

En adición a lo previsto por el numeral trascrito debe recordarse que la ilicitud en la condición es otra causa de nulidad relativa conforme al artículo 2225 estudiado anteriormente.

- No reúne todos los caracteres de la nulidad absoluta

La nulidad relativa debe prescindir cuando menos de uno de los caracteres de la nulidad absoluta, aspecto que abordaremos a continuación.

b) DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

La nulidad relativa puede distinguirse de la absoluta tanto por sus causas como por sus caracteres.

1. *Distinción por sus causas*

Es posible diferenciar la nulidad relativa de la absoluta por sus causas si aquélla resulta de la incapacidad de ejercicio del autor o de alguna de las partes del acto jurídico, de la presencia de vicios del consentimiento o de la falta de formalidades. Ninguno de estos supuestos produce la nulidad absoluta del acto, sino solo la relativa:

> ART. 2228.—La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, *produce la nulidad relativa del mismo.*

2. *Distinción por sus caracteres*

La nulidad relativa no puede distinguirse de la absoluta por su causa si es la misma para ambas. Esto acontece cuando una y otra tienen su origen en la ilicitud del acto jurídico:

> ART. 2225.—La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

De acuerdo con el artículo trascrito la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto puede producir su nulidad absoluta o relativa *según lo disponga la Ley*. El problema es que fuera del Título sobre inexistencia y nulidad, la Ley no determina en qué supuestos la nulidad es absoluta y en cuáles relativa.[50]

Para solucionar la dificultad anotada la Doctrina se apoya en el principio de rigidez de la nulidad absoluta. Anteriormente dijimos que ésta debe reunir forzosamente tres caracteres: no debe desaparecer por confirmación, no debe desaparecer por prescripción y debe poder ser invocada por todo interesado:

---

[50] Los vocablos "nulidad absoluta" son utilizados únicamente en el artículo 404.

ART. 2226.—La nulidad absoluta... *De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.*

La nulidad relativa, por su parte, debe diferir cuando menos en uno de ellos:

ART. 2227.—*La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior...*

Partiendo de lo previsto por el numeral trascrito es que podemos distinguir entre nulidad absoluta y relativa cuando ésta resulta de la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto: el legislador no habrá de decirnos frente a qué tipo de nulidad estamos por su nombre, *sino a través de los caracteres* que le atribuya en cada caso concreto.

Basta con que en un supuesto la nulidad pueda desaparecer por confirmación y/o por prescripción y/o que no pueda ser invocada por todo interesado para saber que es relativa.[51]

La rigidez de la nulidad absoluta provee un criterio fundado para distinguirla de la relativa cuando ésta emana de la ilicitud del acto, sin embargo, no es infalible. En algunos supuestos el legislador no solo omitió referirse al tipo de nulidad, sino que tampoco le atribuyó caracteres que permitan diferenciarla:

> Pero el problema se complica —anota Rojina Villegas— cuando nada dice el legislador de la naturaleza de la nulidad, ni fija las características. Tenemos, por ejemplo, la venta del derecho del heredero violando el tanto; el legislador simplemente dice que será nula, pero no nos dice si es prescriptible o imprescriptible, confirmable o inconfirmable.[52]

En supuestos como el planteado, el jurista opina que corresponderá a la Doctrina resolver si la nulidad es absoluta o relativa atendiendo a si la norma que la establece tutela un interés general o uno particular. En el primer caso la contravención dará lugar a una nulidad absoluta, en el segundo a una relativa. Coincidimos con el autor y agregamos que cuando la Doctrina no se haya pronunciado sobre la nulidad que corresponda a un caso concreto o no haya llegado a conclusiones unánimes serán los Jueces quienes la determinen, en el entendido de que el silencio, obscuridad o insuficiencia de la Ley no les autoriza a dejar de resolver una controversia.[53]

---

[51] *Cfr.* ORTIZ URQUIDI, *op. cit.*, p. 558.

[52] ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, p. 148.

[53] "ART. 18.—El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia."

B. CAUSAS DE NULIDAD RELATIVA

De acuerdo con lo comentado anteriormente la nulidad relativa deriva de la incapacidad de ejercicio del autor o de alguna de las partes del acto jurídico, de la presencia de vicios del consentimiento, de la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición y de la inobservancia de formalidades.

C. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD RELATIVA

a) DESTRUCCIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO

La nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, *siempre* permite que el acto afectado por ella produzca provisionalmente sus consecuencias jurídicas:

> ART. 2227.—La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. *Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.*

La parte final del numeral anotado excluye la posibilidad de que puedan haber nulidades relativas "de pleno derecho", es decir, que operen inmediatamente y sin necesidad de declaración judicial.

1. *Eficacia retroactiva o a futuro de la declaración de nulidad relativa*

El artículo 2227 establece que la nulidad relativa "siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos". La palabra "provisionalmente" denota que las consecuencias son solo transitorias y que habrán de cesar al declararse la nulidad. Sin embargo, el legislador no precisó si la destrucción de los efectos jurídicos es retroactiva —*ex tunc*— o a futuro —*ex nunc*—.

En favor de la destrucción a futuro puede argumentarse que la anulabilidad, conforme al citado artículo 2227, no debe reunir todos los caracteres enumerados por el artículo 2226. Este último establece la eficacia *ex tunc* de la nulidad absoluta, por lo que pudiera interpretarse que la nulidad relativa puede diferir también en esto.[54]

En favor de la destrucción retroactiva puede aducirse que, con relación a algunos contratos como los traslativos de dominio, la declaración de nulidad sería inútil sin el efecto *ex tunc*, ya que el enajenante no podría recuperar lo transmitido en ejecución del acto anulado.

---

[54] Una interpretación similar fue adoptada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis aislada intitulada "NULIDAD RELATIVA, SUS BENEFICIOS PROCESALES", con número de registro "166350", *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, 9ª Época; Tomo XXX, septiembre de 2009; Pág. 3156.

La Doctrina nacional se pronuncia en favor de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad relativa.[55] El mismo criterio asumió la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[56]

2. *Restitución material de lo prestado en ejecución del acto anulado*

Frente a la declaración de nulidad relativa pueden presentarse dos escenarios: que las partes no hubieran ejecutado conducta alguna para cumplir el acto viciado con ella o que sí la hubieran realizado.

En el primer caso la destrucción de las consecuencias jurídicas no trascenderá al plano físico: las partes readquirirán los derechos transmitidos y se verán liberadas de cuanta deuda hayan asumido sin necesidad de observar conducta alguna.

En el segundo supuesto será necesaria la restitución material de lo que mutuamente hubieren percibido por la ejecución del acto anulado:

> ART. 2239.—La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

3. *Reglas especiales para los contratos bilaterales*

Si el acto declarado nulo es un contrato bilateral deberán observarse dos reglas especiales.

La primera faculta a las partes a conservar los frutos producidos por los bienes recibidos en ejecución del acto nulo hasta el día en que se presente la demanda de nulidad:

> ART. 2240.—Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses o de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.

La norma trascrita es una innovación del legislador de 1928 y proviene del Derecho argentino.[57] Comienza refiriéndose al "acto bilateral", lo que es incorrecto ya que debió aludir al "contrato bilateral" por ser el único que genera

[55] ROJINA VILLEGAS, v. 1, *op. cit.*, p. 147; DE LA PEZA MUÑOZ CANO, *op. cit.*, pp. 174 y 178; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 139; MARTÍNEZ ALFARO, *op. cit.*, p. 128.

[56] Tesis de rubro: "NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA", Registro No. 392419, Localización: Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo IV, Página: 197, Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Tesis: 292.

[57] El artículo 2240 es una copia casi literal del artículo 1053 del Código Civil argentino.

obligaciones correlativas o recíprocas.[58] El artículo distingue también entre frutos e intereses, lo que es igualmente equivocado debido a que, desde el punto de vista legal, los intereses son un tipo de fruto.[59]

La segunda regla especial se encuentra prevista en el siguiente artículo:

> ART. 2241.—Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte.

b) NULIDAD PARCIAL

La nulidad relativa también puede afectar solo una parte del acto jurídico. Esto es posible si la ineficacia tiene su origen en la incapacidad de ejercicio,[60] en la presencia de vicios del consentimiento[61] o en la ilicitud de una de sus cláusulas. Por el contrario, la falta de forma prescrita por la Ley solo será, en principio, causa de nulidad total.

Para que el acto pueda subsistir a pesar de verse afectado parcialmente de nulidad relativa es necesario que las partes que lo forman puedan legalmente subsistir separadas y que no se demuestre que al celebrarse se quiso que solo íntegramente subsistiera (artículo 2238).

c) CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD RELATIVA CON RELACIÓN A TERCEROS

La declaración de nulidad relativa produce las mismas complicaciones respecto de terceros que comentamos al tratar la nulidad absoluta y se solucionan en iguales términos.

D. CARACTERES DE LA NULIDAD RELATIVA

En ocasiones se afirma que la nulidad relativa posee caracteres totalmente opuestos a los de la absoluta, lo que es incorrecto. De acuerdo con la doctrina de Bonnecase debe diferir *cuando menos en uno de ellos* (artículo 2227).

[58] Si bien todo contrato bilateral es un acto bilateral, no todo acto bilateral es un contrato bilateral. La donación es un acto bilateral pero no un contrato bilateral. Véase capítulo quinto.

[59] "ART. 893.—Son frutos civiles los alquileres de los bienes muebles, las rentas de los inmuebles, *los réditos de los capitales* y todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, vienen de ella por contrato, por última voluntad o por la ley."

[60] Por ejemplo, puede ocurrir que un contrato de sociedad celebrado por cinco personas sea parcialmente nulo porque una de ellas haya padecido incapacidad de ejercicio. *Cfr.* ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, *op. cit.*, p. 359.

[61] Por ejemplo, puede suceder que en una compraventa que tuvo por objeto dos bienes el comprador haya incurrido en "error vicio" respecto de uno de ellos.

En algunos casos una y otra ineficacia diferirán en todos sus caracteres,[62] en otros diferirán en uno o en dos.[63] Lo importante es abandonar la idea de que nulidad y anulabilidad detentan caracteres diametralmente opuestos.

A continuación analizaremos los caracteres que pueden llegar a corresponder a la nulidad relativa.

a) POSIBILIDAD DE DESAPARECER POR CONFIRMACIÓN

La nulidad relativa generalmente puede desaparecer por confirmación.

1. *Concepto de confirmación y diferencia de convalidación*

La confirmación es la erradicación voluntaria de una causa productora de nulidad relativa efectuada por el autor o por una o ambas partes del acto jurídico. La convalidación es, en palabras de Enneccerus, Kipp y Wolff, el *"posterior hacerse eficaz de un negocio defectuoso al principio"*.[64]

Entre convalidación y confirmación hay una relación género-especie:[65] toda confirmación es una convalidación, pero no toda convalidación deviene de una confirmación. La convalidación puede emanar también, como veremos más adelante, del mero transcurso del tiempo.

2. *Momento a partir del cual puede llevarse a cabo la confirmación*

Para determinar desde cuándo puede realizarse la confirmación hay que distinguir entre las diversas causas de anulabilidad.

- Actos anulables por incapacidad de ejercicio o por presencia de vicios del consentimiento

La confirmación de los actos anulables por incapacidad de ejercicio de uno de sus otorgantes o por la presencia de vicios del consentimiento puede llevarse a cabo hasta que desaparezca la causa productora de nulidad relativa:

> ART. 2233.—Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación.

[62] Como ocurre si la nulidad relativa tiene su origen en la incapacidad de ejercicio del autor o de las partes de un acto jurídico o en la presencia de vicios del consentimiento.

[63] Como ocurre si la nulidad relativa es ocasionada por la falta de forma prescrita por la Ley o por la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto.

[64] ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, v. 1, *op. cit.*, p. 389.

[65] *Cfr.* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 124-128.

El cese del motivo de nulidad a que se refiere el artículo citado tiene lugar, en los casos de vicios del consentimiento, cuando quien los padece se ha percatado de su error o ha dejado de sufrir miedo.[66]

En los casos de incapacidad la causa de nulidad cesa una vez que el incapaz alcanza la mayoría de edad, sale de interdicción o deja de estar sujeto a concurso de acreedores. A nuestro juicio la confirmación también puede ser otorgada por los representantes legales del incapaz antes de que adquiera o recobre su capacidad de ejercicio.[67]

- Actos anulables por inobservancia de formalidades

Los actos anulables por falta de formalidades pueden confirmarse en cualquier tiempo siempre que no haya sido dictada la sentencia de nulidad.

- Actos anulables por ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición

No existe una regla general sobre el momento a partir del cual pueden confirmarse los actos anulables por ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición.

Consideramos que la confirmación, de ser posible, podrá llevarse a cabo una vez que el titular del interés jurídicamente protegido pueda externar su voluntad libremente, sin estar sujeto a presiones de tipo alguno. Por ejemplo, en materia de mutuo se prohíbe que los contratantes acuerden *de antemano* que los intereses se capitalicen para generar más intereses:[68]

> ART. 2397.—Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

La norma citada busca evitar que una persona que atraviesa un apuro pecuniario consienta una cláusula considerada usuraria por el legislador. Si la capitalización de intereses es pactada *desde la celebración del contrato* la cláusula respectiva sería anulable; sin embargo, opinamos que el deudor podría confirmarla después de causados los réditos que pretendan capitalizarse. En este momento tendría mucha mayor libertad para decidir si consiente o no la capitalización, pues de ello no dependería que reciba los bienes objeto del préstamo.

3. *Manera de llevar a cabo la confirmación*

La manera de llevar a cabo la confirmación también varía dependiendo de la causa de anulabilidad.

[66] *Cfr.* PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, pp. 896 y 897.

[67] En igual sentido GAUDEMET, *op. cit.*, p. 190.

[68] Lo que en Doctrina se conoce como anatocismo.

- Actos anulables por incapacidad de ejercicio o por presencia de vicios del consentimiento

Los actos anulables por incapacidad de ejercicio o por vicios del consentimiento se confirman a través de su ratificación *expresa* o *tácita*.

La ratificación *expresa* tiene lugar cuando el otrora incapaz o la persona que sufrió el vicio exterioriza verbalmente, por escrito o por signos inequívocos su voluntad de querer la subsistencia del acto y de purgar la causa de nulidad.

La confirmación *tácita* se verifica cuando resulta de hechos que la presupongan o que autoricen a presumirla. La Ley ofrece algunos ejemplos de ella:

> ART. 2234.—El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

La norma trascrita debe complementarse con lo preceptuado por el artículo 2233: el pago,[69] la novación o cualquier otro modo de "cumplimiento voluntario" se tienen por ratificación tácita *siempre que se efectúen después de que haya cesado el vicio o el motivo de nulidad.*

Los Tribunales han interpretado extensivamente la expresión "por cualquier otro modo" prevista por el artículo 2234.[70]

- Actos anulables por inobservancia de formalidades

Los actos anulables por inobservancia de formalidades se confirman por su ratificación en la forma omitida:

> ART. 2231.—La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida.

En la práctica la acción de dar a un acto jurídico las formalidades omitidas se conoce como "formalización". Con relación a esta figura son oportunos tres comentarios:

El primero, que quienes formalizan un acto jurídico no lo celebran por primera vez ni lo celebran nuevamente, sino que *ratifican lo actuado con antelación.*

---

[69] El pago *parcial* también puede dar lugar a la ratificación tácita de acuerdo con lo resuelto por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis aislada intitulada "NULIDAD POR ERROR O DOLO. ES CONVALIDABLE AUN CUANDO EL PAGO VOLUNTARIO HAYA SIDO PARCIAL", con número de registro "187474", *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, 9ª Época; Tomo XV, marzo de 2002; Pág. 1395.

[70] Tesis de rubro: "NULIDAD, EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN DE, POR CUMPLIMIENTO VOLUNTARIO. MENOR QUE LLEGA A LA MAYORIA DE EDAD", Registro No. 249838, Localización: Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 169-174, Sexta Parte, Página: 134, Tesis Aislada, Materia(s): Civil.

Es incorrecto decir, por ejemplo, que un acto previamente otorgado se confirma al "celebrarse otra vez" en la forma omitida.

El segundo, que la formalización puede llevarse a cabo por ambas partes de manera voluntaria, o bien, una de ellas puede forzar a la otra a efectuarla si se satisface lo previsto por los siguientes artículos:

> ART. 1833.—Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

> ART. 2232.—Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

Los numerales citados prevén la denominada acción *pro forma*. Su glosa fue realizada en el capítulo décimo tercero de este libro.

El tercer comentario es que la formalización, de acuerdo con el artículo 2231, es la única manera de purgar el vicio padecido por el acto anulable por falta de formalidades. Su "cumplimiento voluntario" podrá erradicar otras causas de anulabilidad (como la incapacidad de ejercicio o la presencia de vicios del consentimiento), pero no la que nos ocupa.

- Actos anulables por ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición

La Ley no prevé la manera en que debe confirmarse el acto afectado de nulidad relativa por ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición. A nuestro juicio basta con que el titular del interés jurídicamente protegido manifieste expresa o tácitamente su voluntad de que el acto subsista.

4. *Límite temporal para llevar a cabo la confirmación*

Anteriormente estudiamos *a partir de cuándo* puede llevarse a cabo la confirmación. Corresponde determinar *hasta cuándo* puede efectuarse.

La confirmación puede otorgarse hasta antes de que sea declarada la nulidad y de que la acción o excepción respectivas se hayan extinguido por prescripción.

5. *Efectos de la confirmación*

La confirmación suprime la posibilidad de que el acto jurídico pueda ser declarado nulo *por la causa de nulidad purgada*. De acuerdo con la Ley sus efectos se retrotraen al día en que el acto fue celebrado:

> ART. 2235.—La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo; pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero.

El efecto retroactivo de la confirmación es innecesario, dado que el acto afectado con nulidad relativa produce todos sus efectos desde su celebración como si fuera válido.[71]

b) POSIBILIDAD DE DESAPARECER POR PRESCRIPCIÓN

La nulidad relativa suele poder desaparecer por el solo transcurso del tiempo, lo que la Ley considera un caso de prescripción.

La prescripción es el segundo supuesto cuya actualización produce la *convalidación* del acto anulable.

1. *Actos anulables por incapacidad de ejercicio o por presencia de vicios del consentimiento*

La nulidad relativa de los actos anulables por incapacidad de ejercicio de uno de sus otorgantes o por la presencia de vicios del consentimiento *siempre* puede desaparecer por prescripción.

Si la causa de nulidad es la incapacidad o el *error* de una de las partes la acción respectiva deberá ejercerse dentro de los plazos siguientes:

> ART. 2236.—La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido.

La norma trascrita remite al siguiente artículo:

> ART. 638.—La acción para pedir la nulidad, prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

El numeral citado tampoco resuelve el problema, ya que reenvía a las disposiciones que establecen los términos en que prescriben "las acciones personales o reales".

Por acción personal entendemos la facultad de exigir el cumplimiento de un derecho de crédito.[72] Por regla general esta facultad, y el derecho de crédito en sí, se extinguen por el transcurso de 10 años contados a partir de que pudo

---

[71] *Cfr.* PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, p. 898.

[72] El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal las define como sigue: "ART. 25.—Las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o no hacer determinado acto."

demandarse el pago.[73] En nuestra opinión *este es el plazo que debe transcurrir para que el acto anulable se convalide por prescripción* y debe computarse desde la fecha en que fue celebrado.[74]

La referencia a las acciones reales podía entenderse en el Código Civil de 1884, pero no en el vigente. Aquél preveía un contrato denominado "censo", que concedía a una persona llamada censualista o dueño una acción real para reclamar el pago de una pensión. Dado que los censos no fueron regulados por el legislador de 1928, debió eliminarse la alusión a las acciones que derivaban de ellos.

La parte final del artículo 2236 establece que si el error se conoce antes de que transcurra el plazo de 10 años la acción de nulidad prescribirá *a los 60 días de que fue conocido.*

Si la causa de nulidad es el miedo inducido por violencia la acción respectiva prescribirá de acuerdo con lo siguiente:

> ART. 2237.—La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia, prescribe a los seis meses contados desde que cese ese vicio del consentimiento.

El numeral citado no deja lugar a dudas sobre la duración de la acción de nulidad originada por "violencia".

2. *Actos anulables por inobservancia de formalidades*

El Código Civil no prevé norma alguna que imponga un límite temporal a la acción o a la excepción de nulidad derivadas de la falta de formalidades.

En nuestra opinión es aplicable el plazo general de 10 años previsto en materia de prescripción (artículo 1159), que deberá computarse desde la fecha en que se celebró el acto. Si alguno de los contratantes cumple los requisitos para usucapir los bienes objeto de él antes de que se dicte la sentencia de nulidad podrá negarse a devolverlos a su contraparte.

Mientras que la acción de nulidad relativa fundada en la falta de formalidades puede desaparecer por prescripción, los órganos jurisdiccionales han resuelto que la acción *pro forma* es imprescriptible.[75]

---

[73] Artículo 1159.

[74] No consideramos que el plazo deba empezar a correr, en los casos de incapacidad de ejercicio, desde la fecha en que el incapaz deje de serlo. Apoyamos nuestro criterio en dos argumentos: el primero, que el incapaz, durante el tiempo que tuvo limitada su capacidad de ejercicio, pudo demandar la nulidad por conducto de sus representantes legales; y, el segundo, que en los supuestos de interdicción la incapacidad muchas veces no podrá ser superada, lo que haría imprescriptible la acción de nulidad en contra del espíritu del artículo 2236.

[75] Véase capítulo quincuagésimo octavo.

3. *Actos anulables por ilicitud en el objeto, en el motivo o en la condición*

La posibilidad de que pueda convalidarse un acto jurídico cuyo objeto, fin o condición sean ilícitos dependerá de lo que la Ley prevea en cada caso. Si nada dispone y la convalidación es de admitirse opinamos que deberá transcurrir el plazo general de 10 años contado desde que el titular del interés jurídicamente protegido pudo demandar la nulidad.

c) PERSONAS QUE PUEDEN INVOCAR LA NULIDAD RELATIVA

1. *Actos anulables por incapacidad de ejercicio o por presencia de vicios del consentimiento*

La nulidad relativa fundaba en la incapacidad de ejercicio o en la presencia de vicios del consentimiento solo puede ser invocada por el incapaz o por quien sufrió el vicio:

> ART. 2230.—La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

Lo previsto por el numeral trascrito es congruente con la idea de que la anulabilidad se encamina, por lo general, a preservar intereses particulares.[76]

Lo dispuesto por el artículo 2230 admite una excepción *en lo relativo a la incapacidad de ejercicio*:

> ART. 1799.—La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

El numeral citado permite que alguien distinto del incapaz invoque su incapacidad si fuese "indivisible el objeto del derecho o de la obligación común".

En el capítulo trigésimo definimos las obligaciones indivisibles como las que tienen un objeto que no puede fraccionarse sin detrimento de su esencia y de su valor económico. Dijimos que la indivisibilidad tiene verdadero realce cuando son dos o más las personas facultadas para exigir u obligadas a cumplir el objeto indivisible.

El artículo 1799 comprende tanto la indivisibilidad activa —la conformada por pluralidad de acreedores— y la pasiva —la integrada por pluralidad de deudores—. En uno y otro supuesto cualquiera de los coacreedores o de los codeudores podrá invocar la incapacidad del otro. Lo que no permite el citado

[76] GAUDEMET, *op. cit.*, p. 183.

artículo es que uno de los acreedores alegue la incapacidad de uno de los deudores y viceversa. La excepción solo está establecida en favor de quienes tienen un derecho o una obligación *común*.

Por ejemplo, supóngase que Juan debe entregar a Luis y a Javier un caballo y que Luis celebró el contrato respectivo siendo incapaz. En esta hipótesis habrá indivisibilidad activa, ya que son dos las personas facultadas a exigir un objeto que no puede fraccionarse sin detrimento de su esencia y de su valor económico. El artículo 1799 permitiría a Javier (coacreedor) invocar la incapacidad de Luis (coacreedor), pero no facultaría a Juan (deudor) a hacerlo.

2. *Actos anulables por inobservancia de formalidades*

La acción y la excepción de nulidad fundadas en la falta de formalidades corresponden a *todos los interesados*:

> ART. 2229.—La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados.

Lo previsto por el numeral trascrito confirma que la nulidad relativa no siempre posee caracteres opuestos a los de la absoluta. El concepto de "interesado" lo tratamos al estudiar la inexistencia.

3. *Actos anulables por ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición*

La nulidad relativa ocasionada por ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto puede ser invocada por las personas a quienes la Ley lo permita en cada caso. Si nada prevé estimamos que la nulidad podrá ser demandada u opuesta únicamente por el titular del interés jurídico que se pretendió preservar.

d) INTERVENCIÓN DEL JUEZ

La intervención del Juez en materia de nulidad relativa es la misma que en tratándose de nulidad absoluta: es necesario que la *declare* o *pronuncie* para privar de consecuencias jurídicas al acto afectado por ella.

Durante todo el tiempo que la sentencia de nulidad no sea dictada el acto producirá sus efectos como si fuera válido.

VI. CONCLUSIONES

El estudio de las ineficacias estructurales realizado en este capítulo se ajustó a la doctrina de Bonnecase y no necesariamente refleja nuestras ideas sobre esta materia.

A continuación formularemos las conclusiones a las que llegamos:

1. El legislador de 1928 pretendió seguir la doctrina de Bonnecase, pero lo hizo por medio de cuatro disposiciones añadidas de último momento al Proyecto Original del Código Civil.

2. La inexistencia solo se encuentra prevista en un artículo (2224) y desentona con el resto de las normas provenientes del Código Civil de 1884 que aluden únicamente a nulidad.

3. La inexistencia y la nulidad absoluta pueden distinguirse fácilmente por sus causas, pero no por sus efectos ni por sus caracteres una vez que la segunda ha sido declarada. Sin embargo, de acuerdo con la Ley existen supuestos que sí permiten diferenciarlas.[77]

4. La nulidad absoluta y la relativa no pueden distinguirse por su causa si la segunda se funda en la ilicitud del objeto, del fin o de la condición del acto jurídico. Según el artículo 2225 la Ley tendría que determinar en cada caso el tipo de nulidad, lo que prácticamente no ocurre en ninguno. La Doctrina se apoya en el principio de rigidez de la nulidad absoluta y en el tipo de interés tutelado para distinguir entre una y otra ineficacia.

5. El texto del Proyecto Original del Código Civil preveía una doctrina de las ineficacias más clara, según se desprende de su Exposición de Motivos. Adoptaba una tesis bipartita que distinguía entre nulidad absoluta y relativa: la primera resultaba de los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público (artículo 8°), la segunda comprendía todos los demás supuestos.

6. *De iure condendo* proponemos que el Código Civil sea reformado a fin de que adopte consistentemente a lo largo de su texto la doctrina de Bonnecase o la tesis bipartita reseñada en su Exposición de Motivos. El ordenamiento debe seguir una u otra, pero no ambas.

[77] La inexistencia produce consecuencias distintas a las de la nulidad absoluta en el caso del matrimonio. La primera no permite que la unión conyugal produzca efecto alguno ni respecto de los contrayentes ni respecto de sus hijos, la segunda siempre permite que subsistan los efectos generados en favor de éstos:

"ART. 255.—El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; *y en todo tiempo, en favor de sus hijos.*"

"ART. 256.—Si ha habido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos."

La inexistencia tampoco produce las mismas consecuencias que la nulidad absoluta con relación al contrato de sociedad civil. Aquélla impide que nazca cualquier efecto jurídico, ésta permite su nacimiento y solo da lugar a la liquidación del negocio:

"ART. 2692.—Si se formare una sociedad para un objeto ilícito, a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado, se declarará la nulidad de la sociedad, la cual se pondrá en liquidación.

Después de pagadas las deudas sociales conforme a la ley, a los socios se les reembolsará lo que hubieren llevado a la sociedad.

Las utilidades se destinarán a los establecimientos de beneficencia pública del lugar del domicilio de la sociedad."

Las consecuencias de la inexistencia con relación a terceros también pueden ser distintas a las de la nulidad absoluta, atento lo dispuesto por el artículo 3009 anteriormente estudiado.

CAPÍTULO SEXAGÉSIMO SEGUNDO

DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

I. INTRODUCCIÓN

Las obras sobre Teoría General de las Obligaciones dedican numerosos capítulos al estudio de la obligación, pero rara vez exponen sistemática y exhaustivamente los aspectos que la distinguen de otras relaciones y figuras de Derecho.

La importancia de distinguir la obligación de otras figuras jurídicas radica en poder conocer el régimen normativo que corresponde a cada una, a efecto de lograr una aplicación clara y eficaz del Derecho.

II. DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN Y EL DEBER JURÍDICO

A. DIFERENTES NOCIONES DE DEBER JURÍDICO

a) DEBER JURÍDICO EN SENTIDO AMPLIO —NOCIONES FILOSÓFICO-JURÍDICAS DE DEBER JURÍDICO

La Filosofía del Derecho reconoce la existencia de un género supremo denominado deber, que comprende cualquier necesidad de ejecutar una conducta. El deber se divide en distintas especies, como el moral, el social, el religioso o el jurídico. Los tratadistas han pretendido definir cuándo la necesidad de ejecutar una conducta puede considerarse jurídica.

La interrogante indicada es de índole filosófica en virtud de que intenta definir la idea de Derecho precisando la esencia de uno de sus conceptos fundamentales: el deber jurídico.

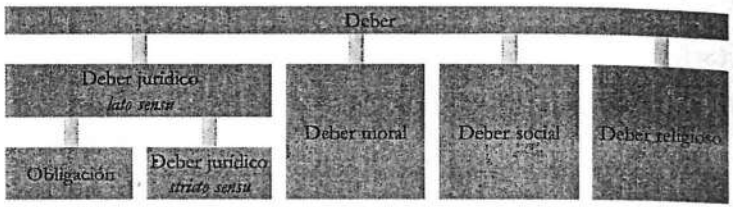
En términos generales, y sin profundizar en las disertaciones sobre la esencia del deber jurídico, el sector dominante afirma que el deber recibe el calificativo "jurídico" si su cumplimiento puede ser exigido por una persona.[1]

---

[1] En esto coinciden opiniones como las de Kelsen, Radbruch, Stammler, García Máynez y Villoro Toranzo. Véase GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, pp. 259-270; VILLORO TORANZO, *op. cit.*, pp. 7-11.

La concepción del deber jurídico como necesidad de ejecutar una conducta que puede ser exigida constituye lo que hemos denominado deber jurídico en sentido amplio o *lato sensu*. A su vez, este deber jurídico es un género que comprende diversas especies, como la obligación y el deber jurídico *stricto sensu*.

Gráficamente las distinciones mencionadas pueden representarse de la siguiente manera:



b) DEBER JURÍDICO EN SENTIDO ESTRICTO —NOCIONES DOGMÁTICO-JURÍDICAS DE DEBER JURÍDICO

El deber jurídico *stricto sensu* es una de las especies del deber jurídico *lato sensu* y se refiere a relaciones jurídicas con características distintas de las que posee la obligación.

La dogmática jurídica es la que ha desarrollado el concepto de deber jurídico en sentido estricto, en reconocimiento de la existencia de relaciones de Derecho que no encuadran dentro del concepto de obligación.

En las obras de Derecho Civil es común encontrar que algunos autores utilizan la palabra "deber" para designar el resultado de la actualización de algunos supuestos normativos que, en su opinión, no puede explicarse conforme a la noción de obligación. En otras palabras, algunos civilistas han empleado el término "deber" para designar relaciones jurídicas que no reúnen las propiedades esenciales del vínculo obligatorio.[2]

B. OPINIÓN PERSONAL

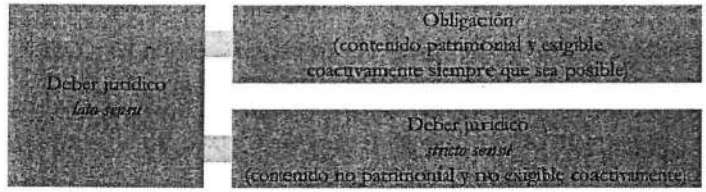
En nuestra opinión es correcta la distinción entre deber jurídico *lato sensu* y deber jurídico *stricto sensu*.

El deber jurídico *lato sensu* designa toda necesidad jurídica que tiene una persona de ejecutar una conducta en favor de otra que puede exigirla. Si agregamos algunas particularidades al concepto apuntado obtendremos las diversas especies del deber jurídico *lato sensu*.

Si la conducta objeto del deber es susceptible de valoración pecuniaria y puede exigirse coactivamente, siempre que su naturaleza y la Ley lo permitan, estaremos en presencia de una obligación.

Si la conducta objeto del deber no es susceptible de valoración pecuniaria y nunca puede exigirse coactivamente[3] estaremos en presencia del deber jurídico *stricto sensu*.

Las ideas indicadas pueden representarse esquemáticamente de la siguiente manera:



La distinción entre ambas categorías es simple: la obligación se diferencia del deber jurídico en sentido estricto por su carácter patrimonial y por su posibilidad de ser exigida coactivamente en la medida de lo posible.

El Derecho de Familia es la principal fuente de deberes jurídicos *stricto sensu*, quizá por ello el maestro Manuel Chávez Asencio, quien ha formulado un concepto de deber jurídico similar al nuestro, los denominó "deberes jurídicos familiares".[4] Sin embargo, conviene mencionar que otras ramas del Derecho Civil también prevén el surgimiento de deberes jurídicos, como sucede con el Derecho de los Contratos, que al regular la donación dispone que el donatario deberá observar un deber de gratitud especial en beneficio del donante.[5]

Es importante aclarar que tanto la obligación como el deber jurídico en sentido estricto son relaciones jurídicas, por lo que en ambas existe débito y responsabilidad.[6]

---

[2] No debe confundirse el deber jurídico con el débito; el primero es una relación jurídica distinta de la obligación, mientras que el segundo es uno de los componentes de toda relación jurídica.

[3] Recuérdese que conforme a lo explicado en el capítulo cuarto de esta obra, el hecho de que una conducta no pueda exigirse coactivamente no significa que no pueda exigirse.

[4] CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., "Deberes Jurídicos Familiares", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 13, Sección de Previa, 1981, pp. 332-367.

[5] RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA, *Contratos...*, *op. cit.*, pp. 105 y 106.

[6] Sobre el concepto de responsabilidad véase capítulo cuarto.

A continuación ofreceremos un par de ejemplos que permitirán distinguir claramente la obligación del deber jurídico *stricto sensu*.

Supóngase que una persona acuerda vender a otra un reloj a cambio de un precio en dinero. Como consecuencia de la compraventa el vendedor asumirá la obligación de entregar el reloj. Se trata de una obligación ya que su objeto es susceptible de valorarse pecuniariamente y de ser exigido coactivamente. En esta relación jurídica el débito consistirá en la necesidad del vendedor de entregar el reloj y la responsabilidad en las diversas consecuencias adversas que impone el ordenamiento en caso de incumplimiento —como la necesidad de reparar los daños y/o perjuicios—.

Ahora piénsese en el deber de fidelidad que surge del matrimonio para ambos cónyuges. Se trata de un deber jurídico ya que la conducta que deben observar los consortes no es susceptible de valorarse en dinero y nunca puede ser exigida por la fuerza. En esta relación jurídica también hay débito y responsabilidad: el débito consiste en la necesidad que tienen ambos consortes de no vincularse sexualmente con personas distintas de su pareja, la responsabilidad reside en las consecuencias desfavorables que pueden surgir para el trasgresor (como la imposibilidad de unirse en matrimonio con el cómplice del adulterio).

III. DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN Y LA OBLIGACIÓN NATURAL

A. Antecedentes históricos de la obligación natural

a) Derecho romano

En el Derecho Romano se utilizó la expresión "obligación natural" para designar las deudas que no podían ser exigidas por el acreedor.[7] Las obligaciones naturales se contrapusieron a las civiles, que sí podían ser exigidas.

Si bien las obligaciones naturales no podían ser exigidas, el Derecho las reconoció y les atribuyó algunos efectos. Generalmente se citan los siguientes:[8]

[7] "Aunque los derechos de crédito son casi siempre demandables en juicio —afirma Sohm—, hay casos excepcionales en que carecen de acción judicial, recibiendo entonces el nombre de obligaciones naturales. La doctrina hasta hace poco predominante señalaba como características de estas obligaciones la falta de acción, pero semejante criterio peca de impreciso. La carencia de protección procesal es solamente un síntoma del verdadero fenómeno, consistente en que el acreedor, en las obligaciones naturales, no tiene derecho a exigir prestación alguna del deudor...", *op. cit.*, p. 214.

[8] *Ibid.*, p. 514.

1. El deudor que cumplía una obligación natural, ya sea por convicción o por error, no podía repetir contra el acreedor por lo pagado. La facultad del acreedor para conservar lo prestado se denominó *soluti retentio*.

2. Las obligaciones naturales podían compensar obligaciones civiles.

3. Las obligaciones naturales podían ser objeto de novación.

4. Las obligaciones naturales podían ser garantizadas con fianza, prenda e hipoteca.

b) Código Napoleón

El Código Civil francés no definió las obligaciones naturales. La Doctrina las concibió de manera similar al Derecho Romano.[9]

c) Código Civil de 1870

Conforme a la exposición del maestro Borja Soriano,[10] en el Código Civil de 1870 fueron reconocidas dos obligaciones naturales: las emanadas de la celebración de actos jurídicos por incapaces que actuaban por derecho propio y las que resultaban del juego con apuesta.

d) Código Civil de 1884

El Código Civil de 1884 pretendió suprimir el reconocimiento y los efectos de las obligaciones naturales.[11]

e) Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*)

La Doctrina se refirió indistintamente a las obligaciones naturales como obligaciones imperfectas.[12]

De entre las obligaciones naturales previstas por la legislación germánica pueden citarse las que subsistían tras la prescripción de obligaciones civiles, las que emanaban del juego con apuesta, los deberes morales y el importe en que una deuda hubiere sido disminuida en virtud de una transacción forzosa.[13]

[9] Planiol y Ripert, *op. cit.*, p. 658.

[10] Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 567 y 568.

[11] *Ibid.*, p. 568.

[12] Von Tuhr, *op. cit.*, pp. 23-27.

[13] Enneccerus, Kipp y Wolff, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

B. Concepto de obligación natural

La obligación natural es una relación no jurídica entre dos partes por virtud de la cual una debe ejecutar una conducta en favor de otra, sin que ésta pueda exigirla, y a la que el Derecho atribuye efectos.

A continuación desglosaremos el concepto propuesto.

- Relación

La obligación natural es una relación, lo que significa que dota a las personas respecto de las que se predica de un *status* especial en función de su correspondencia con otras. El *status* puede ser de deudor o de acreedor: es deudor el sujeto que debe la conducta y acreedor el que tiene derecho a recibirla.

- No jurídica

El vínculo entre los sujetos de la obligación natural es de carácter *no jurídico*, tanto por su fuente como por su esencia.

La fuente de la obligación natural es la actualización de un supuesto previsto en una norma social, religiosa o moral. La fuente de la obligación civil es la actualización de un supuesto establecido en una norma de Derecho. Lo anterior no impide que una norma jurídica y una no jurídica prevean un mismo supuesto y atribuyan efectos a su actualización. Las obligaciones civiles pueden coexistir con las naturales, pero no por ello deben confundirse. Verbigracia, la obligación que tienen los padres de alimentar a sus hijos es tanto civil como natural: si la Ley dejara de preverla subsistiría la obligación natural; si los cánones morales dejaran de reconocerla subsistiría la obligación civil.

La esencia de la relación que conforma la obligación natural es determinada por la moral, por la religión o por la sociedad, según corresponda. La esencia de la relación jurídica se define por la presencia de dos elementos: el débito y la responsabilidad.

- Dos partes

Toda obligación natural tiene dos partes: una acreedora y otra deudora. Ambas deben constituirse necesariamente por seres humanos, ya que las obligaciones naturales emanan de reglas de conducta y éstas solo pueden regir el comportamiento de entes racionales.

- Deber de ejecutar una conducta que no puede ser exigida

El deudor de una obligación natural tiene el *deber* de ejecutar una conducta en favor del acreedor, pero el acreedor no puede exigir su cumplimiento al deudor.

Las normas que establecen obligaciones naturales imponen deberes, pero no atribuyen la facultad de exigirlos. En contraste, las normas que establecen obligaciones *civiles* son imperativo-atributivas, ya que constriñen a unos y facultan a otros simultáneamente.

En ocasiones se ha afirmado que las obligaciones naturales son relaciones jurídicas en las que hay débito y no responsabilidad, es decir, en las que hay *schuld* sin *haftung*.[14] No estamos de acuerdo con esta afirmación, por dos razones:

La primera, porque toda relación jurídica debe estar integrada por el débito y por la responsabilidad. Toda relación jurídica ha de tener por objeto una conducta que debe ejecutarse y que puede exigirse —*schuld*—, y su incumplimiento debe dar lugar a consecuencias desfavorables para el deudor —*haftung*—. Si la relación jurídica es el género y la obligación natural una de sus especies ¿cómo podría explicarse que la especie carezca de uno de los elementos esenciales del género?

La segunda, porque consideramos que en las obligaciones naturales no hay débito. El débito, en sentido jurídico, comprende tanto la necesidad de obrar como la facultad de exigir; si las obligaciones naturales no pueden ser exigidas, necesariamente debe concluirse que carecen de *schuld*.

- Atribución de efectos por el Derecho

En el capítulo cuarto explicamos que el Derecho atribuye efectos a toda relación jurídica, pero no todas las relaciones a las que el Derecho atribuye efectos son jurídicas. Las obligaciones naturales son un claro ejemplo de este principio.

C. Obligaciones naturales reconocidas por el Derecho Civil

La Doctrina ha construido casuísticamente el listado de obligaciones naturales reconocidas por el Derecho Civil.

a) Obligaciones naturales que subsisten ante la prescripción de obligaciones civiles

El primer tipo de obligación natural que el Código Civil reconoce es la que subsiste después de la prescripción de una obligación civil:

> Art. 1894.—El que ha pagado para cumplir *una deuda prescrita* o para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir.

---

[14] Bejarano Sánchez, *op. cit.*, p. 457.

Sobre la *ratio iuris* del artículo de referencia existen dos opiniones principales:

Un sector de la Doctrina considera que el legislador facultó al acreedor de una obligación prescrita a conservar lo pagado debido a que, aún cuando la obligación civil prescriba, la obligación natural subsiste. Un ejemplo permitirá aclarar este razonamiento.

Supóngase que una persona presta a otra una cantidad de dinero. Tanto el Derecho como la moral dictan que quien recibe el préstamo debe restituir el monto respectivo, es decir, el prestatario adquiere tanto la obligación civil como la obligación natural de devolver el dinero. Ahora piénsese que han transcurrido diez años desde que debía efectuarse la restitución sin que ésta hubiere tenido lugar y sin que el acreedor la hubiere exigido. La Ley determina que en este supuesto el acreedor perderá el derecho a pedir la devolución y el deudor quedará liberado de su obligación.[15] Sin embargo, las normas de la moral no eximen al prestatario de su deber y éste perdurará hasta que sea cumplido. Los integrantes del primer sector afirman que si el prestatario restituye el dinero, no obstante haberse extinguido su obligación civil, el acreedor podrá conservarlo en virtud de que el legislador atribuyó este efecto al cumplimiento de la obligación natural surgida paralelamente con la civil.[16]

Otro sector de la Doctrina ha encontrado una explicación distinta acerca de por qué el acreedor puede conservar lo recibido, no obstante la prescripción de la obligación civil, sin necesidad de recurrir a la existencia de una obligación natural subyacente. Los partidarios de este sector consideran que cuando el deudor de una obligación prescrita ejecuta la conducta que se esperaba de él, renuncia tácitamente al derecho adquirido en virtud de la prescripción:

> ART. 1142.—La renuncia de la prescripción es expresa o tácita, siendo esta última la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido.

Conforme a este criterio la prescripción genera en favor del deudor el derecho a no observar la conducta materia de la deuda. Si el deudor renuncia a él y ejecuta la conducta, el acreedor podrá conservar lo recibido en calidad de beneficiario de la renuncia.

---

[15] Artículos 1136 y 1159.

[16] Debe aclararse que la prescripción de la obligación civil no es la fuente de la obligación natural, como en ocasiones ha llegado a sostenerse. Tampoco es correcto afirmar que la obligación civil muta su naturaleza a obligación natural una vez que acaece la prescripción. Ambas obligaciones, la civil y la natural, surgen simultáneamente en virtud de haberse actualizado los supuestos normativos que respectivamente las prevén, y por pertenecer a ámbitos distintos, una puede subsistir aunque la otra se haya extinguido.

Independientemente de la doctrina que se siga el resultado legal será el mismo: el deudor no podrá exigir la devolución de lo prestado para cumplir una deuda prescrita.

b) DEBERES MORALES

El segundo tipo de obligación natural que reconoce la Ley es la que deriva de la actualización de un supuesto normativo moral:

> ART. 1894.—El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir *un deber moral*, no tiene derecho de repetir.

Sobre los alcances del deber moral en el Derecho vigente pueden invocarse tres opiniones.

La primera sostiene que la alusión a los deberes morales contenida en el artículo 1894 es totalmente inoperante, ya que, según se expone, carecemos de una infraestructura legal que permita dotarla de contenido y es demasiado amplia como para admitir que el órgano jurisdiccional pueda colmarla, ya que supondría una excesiva delegación de funciones del legislador en favor de los jueces.

La segunda opinión afirma que el único deber moral reconocido por la Ley es la necesidad de cumplir las deudas prescritas y utiliza como fundamento la siguiente frase del artículo 1894: "para cumplir una deuda prescrita *o* para cumplir un deber moral". Quienes participan de este criterio interpretan que en la frase indicada, la letra *o* expresa equivalencia y no disyunción, lo que les permite concluir que el legislador no admitió más deberes morales que los que subsisten ante la prescripción de obligaciones civiles.

El tercer criterio rechaza los postulados anteriores, por lo que considera que la noción de deber moral puede aplicarse en el Derecho vigente y no se limita a los deberes que subsisten después de la prescripción de las obligaciones civiles.

Respecto de la primera opinión se contra-argumenta que existen otros conceptos indeterminados en el Código Civil cuya precisión ha sido confiada a los jueces y que no hay razones que justifiquen que el deber moral haya de recibir un trato distinto.[17]

---

[17] Planiol y Ripert, quienes asimilaban la obligación natural al deber moral, afirmaban "Así, no habiendo establecido nada la ley, los jueces aprecian libremente los casos que se les presenten. Por ello la corte de casación admite que los tribunales de primera instancia tienen facultades soberanas para decidir si las prestaciones o promesas tienen causa suficiente para hacer de ellas obligaciones naturales, o si su cumplimiento constituye una liberalidad", *op. cit.*, p. 659.

Con relación a la segunda doctrina se esgrime una interpretación histórica: el artículo 1894 del Código Civil contiene un texto idéntico al segundo párrafo del artículo 63 del Código Suizo de las Obligaciones, que a su vez fusionó dos parágrafos del Código Civil alemán: el 222, que aludía a las obligaciones prescritas, y el 814, que alude a los deberes morales. Puede apreciarse que la génesis del artículo 1894 impide concluir que las obligaciones prescritas sean los únicos deberes morales que tuvo en mente el legislador, ya que originalmente la *soluti retentio* se concedió a ambas por medio de disposiciones distintas que no tenían relación alguna entre sí.

Es importante aclarar que los partidarios del tercer criterio, siguiendo las ideas de Aubry y Rau, consideran que solo constituyen obligaciones naturales los deberes morales "susceptibles racionalmente de coacción exterior, pero a los que, por motivos diversos, el legislador ha negado o retirado la acción".[18] En otras palabras, no todos los deberes morales son obligaciones naturales, sino solo aquéllos que razonablemente hubieren podido ser incorporados en una norma de Derecho.

Por ejemplo, el deber moral de proporcionar alimentos a los hermanos mayores de edad puede considerarse una obligación natural,[19] ya que razonablemente puede esperarse su inclusión en una norma jurídica. En cambio, la necesidad de dar limosna difícilmente pueda considerarse una obligación natural, ya que generalmente se percibe como un deber alejado del ámbito jurídico.

La distinción indicada es de suma importancia, ya que el cumplimiento de un deber moral que no debe considerarse obligación natural —como la acción de dar limosna— constituye una liberalidad y está sujeta a las reglas correspondientes.

c) COMPRAVENTA DE BEBIDAS EMBRIAGANTES

La Doctrina ha encontrado un tercer caso de obligación natural en la siguiente disposición:

> ART. 2268.—Las ventas al menudeo de bebidas embriagantes hechas al fiado en cantinas, no dan derecho para exigir su precio.

[18] AUBRY y RAU, en PLANIOL y RIPERT, *loc. cit.*

[19] Desde el punto de vista jurídico no existe obligación de proporcionar alimentos a los hermanos si han alcanzado la mayoría de edad, a menos que sean declarados en estado de interdicción:

"ART. 306.—Los hermanos y parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, tienen la obligación de proporcionar alimentos a los menores o discapacitados, este último supuesto incluye a los parientes adultos mayores, hasta el cuarto grado."

d) OBLIGACIONES NATURALES DERIVADAS DEL JUEGO CON APUESTA

El Código Civil distingue entre los juegos con apuesta prohibidos y los permitidos. Los primeros no generan obligación alguna. Los segundos pueden dar lugar al surgimiento de obligaciones civiles y naturales:

> ART. 2767.—El que pierde en un juego o apuesta que no estén prohibidos, queda obligado civilmente, con tal que la pérdida no exceda de la vigésima parte de su fortuna. Prescribe en treinta días el derecho para exigir la deuda de juego a que este artículo se refiere.

Conforme a la norma citada el juego con apuesta permitido únicamente puede engendrar una obligación civil hasta por el importe de la vigésima parte de la fortuna del jugador. Por el excedente, según ha interpretado la Doctrina, el contratante solo queda obligado naturalmente.

D. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES NATURALES

El Código Civil atribuye cuando menos tres efectos a las obligaciones naturales.

a) CONSERVACIÓN DE LO RECIBIDO EN PAGO

La facultad del acreedor de una obligación natural de conservar lo recibido en pago, conocida como *soluti retentio*, es el principal efecto que la Ley atribuye a las obligaciones naturales.

Tanto la Doctrina como el Código Civil reconocen que el pago de una obligación natural no es una liberalidad. No es un acto desinteresado que busca beneficiar a otro, sino una auténtica situación de cumplimiento.

La redacción del artículo 1894 sugiere que la conservación del pago solo puede tener lugar si el deudor lo efectúa con la intención de cumplir y no por error. Lo anterior resulta de la siguiente línea: "el que ha pagado *para* cumplir una deuda prescrita o *para* cumplir un deber moral". En la frase citada, los vocablos *para* denotan que la entrega debe ir acompañada de la voluntad de cumplir. Si falta esta voluntad, consideramos que el deudor podrá reclamar la devolución de lo prestado.

b) GARANTÍA DE LA OBLIGACIÓN NATURAL

Consideramos que toda obligación natural puede asegurarse por medio de contratos de garantía.

c) NOVACIÓN

En nuestra opinión no existe inconveniente para que las deudas naturales se conviertan en civiles por voluntad de los interesados.

IV. DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN Y LA OBLIGACIÓN *PROPTER REM*

A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS OBLIGACIONES *PROPTER REM*

a) DERECHO ROMANO

El Derecho Romano no desarrolló un conocimiento general de las obligaciones *propter rem*, lo que explica por qué los romanistas generalmente omiten estudiar esta materia. Sin embargo, la falta de conceptualización de estas obligaciones no significa que no hayan existido.

b) CÓDIGO NAPOLEÓN

El Código Napoleón no definió las obligaciones *propter rem*, sin embargo, la Doctrina reconoció su existencia y definió sus características esenciales.

c) CÓDIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884 definió las obligaciones *propter rem* en la siguiente disposición:

> ART. 1327.—Obligación real es la que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de ésta.

La definición contenida en el artículo trascrito encuadra en el concepto que permeaba en la Doctrina francesa, ya que se refiere a una obligación que "afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de ésta".

d) CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (*BÜRGERLICHES GESETZBUCH* O *BGB*)

El *BGB* no define las obligaciones *propter rem*, ni se refiere a ellas de manera expresa. Sin embargo, en diversos ámbitos existen supuestos de personas constreñidas a ejecutar una conducta en razón y medida de que poseen un bien. Por ejemplo, los propietarios de un muro que se ubica en la línea divisoria de dos fincas tienen obligación de contribuir a los gastos de mantenimiento por partes iguales (§ 924).

B. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN *PROPTER REM*

Las obligaciones *propter rem* son una modalidad de las obligaciones que constriñen al sujeto pasivo a ejecutar una conducta en razón y medida de que sea titular de un derecho real o posea un bien.

A continuación desglosaremos la definición propuesta.

- Modalidad de las obligaciones

Las obligaciones *propter rem* son una modalidad de las obligaciones y no una categoría distinta de éstas o una figura intermedia entre el derecho real y el de crédito.

Las obligaciones *propter rem* comparten la esencia de las obligaciones: son relaciones jurídicas de contenido patrimonial y pueden exigirse coactivamente en la medida de lo posible. A su vez, son una modalidad porque se manifiestan de modo distinto al de la obligación ordinaria, poseen características accidentales que permiten diferenciarlas de ésta.

- Constriñen al sujeto pasivo a ejecutar una conducta

El deudor de una obligación *propter rem* debe ejecutar una conducta en favor del acreedor.

Comúnmente se afirma que la conducta a cargo del deudor debe ser positiva, es decir, consistir en un dar o en un hacer. Sin embargo, no encontramos objeción para admitir que las abstenciones también pueden ser objeto de obligaciones *propter rem*.

- En razón y medida de que sea titular de un derecho real o posea un bien

Una persona será deudora de obligaciones *propter rem* en razón y medida de que sea titular de un derecho real o posea un bien. Lo anterior trae aparejadas dos consecuencias lógicas:

La primera, que toda obligación *propter rem* tiene como fuente la existencia de un derecho real o la posesión.

La segunda, que el sujeto pasivo de las obligaciones *propter rem* mantendrá dicho carácter mientras conserve su derecho real o la posesión, de manera que al renunciar a aquél o al desprenderse de ésta, se liberará también de las deudas respectivas.

C. CARACTERÍSTICAS DE LAS OBLIGACIONES *PROPTER REM*

En este apartado indicaremos cuáles son, en opinión de la Doctrina, las cualidades de las obligaciones *propter rem* que las convierten en modalidades de la obligación ordinaria.

1. *Transmisión de las obligaciones propter rem*

La transmisión de una deuda ordinaria requiere la aprobación del acreedor:

> ART. 2051.—Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente.

La transmisión de una obligación *propter rem* opera *ipso iure* por el cambio de titular del derecho real o del poseedor, sin que sea necesario que el acreedor manifieste su consentimiento.

2. *Responsabilidad ante el incumplimiento de las obligaciones propter rem*

El incumplimiento de una obligación ordinaria genera, entre otras posibles consecuencias, la necesidad de reparar los daños y/o perjuicios ocasionados sin sujeción a límite:

> ART. 2964.—El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables.

La responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación *propter rem* se limita al valor del bien y el deudor puede liberarse de ella renunciando a su derecho real o abandonando la posesión.

Es necesario aclarar que el deudor de una obligación *propter rem* responde de su incumplimiento con cualquier elemento de su activo patrimonial,[20] sin embargo, sería inútil exigirle una indemnización que supere el valor del bien ya que podría liberarse de ella renunciando a su derecho real o abandonando la posesión.

D. OBLIGACIONES *PROPTER REM* PREVISTAS POR EL CÓDIGO CIVIL

Corresponde indicar algunos ejemplos de obligaciones *propter rem* previstos en el Código Civil. Antes de desarrollarlos consideramos oportuno hacer dos aclaraciones.

En primer lugar, no todos los civilistas están de acuerdo con que los supuestos que serán analizados se refieren a obligaciones *propter rem*. Incluso, algunos autores han llevado la negación al extremo y han sostenido que dichas obligaciones no existen y solo son "fantasmas jurídicos". Esta es la opinión de Gutiérrez y González, quien considera que las obligaciones *propter rem* son en realidad limitaciones al derecho de propiedad o deberes jurídicos, según corresponda.[21]

[20] Opinión en contrario es la de BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 23.

[21] GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 1079-1096.

En segundo lugar, dentro de las obligaciones *propter rem* generalmente citadas por la Doctrina, algunas reúnen claramente las características de esta figura mientras que otras carecen de un fundamento legal que permita concluir definitivamente sobre su naturaleza jurídica. Consecuentemente, decidimos separar el estudio de unas y otras refiriéndonos a las primeras como obligaciones *propter rem* ciertas y a las segundas como obligaciones *propter rem* dudosas.

1. *Obligaciones propter rem ciertas*

- Obligación de los copropietarios de contribuir a la conservación del bien

Todo copropietario tiene obligación de contribuir a la conservación del bien común de conformidad con lo siguiente:

> ART. 944.—Todo copropietario tiene derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Sólo puede eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio.

La norma trascrita prevé un claro ejemplo de obligación *propter rem*. Las dos características de estas obligaciones se encuentran presentes en la necesidad de contribuir a los gastos de conservación del bien común: el deudor puede ceder su obligación con solo transmitir a otra persona su parte en la copropiedad, sin necesidad de que los demás copropietarios lo consientan;[22] y, la responsabilidad del deudor se limita al valor de su porcentaje de indiviso y puede liberarse de ella renunciando a éste.

- Obligación de contribuir a los gastos de conservación y reparación del muro medianero

Los copropietarios del muro medianero deben contribuir con los gastos necesarios para su conservación y reparación:

> ART. 960.—La reparación y reconstrucción de las paredes de propiedad común y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas, acequias, también comunes, se costearán proporcionalmente por todos los dueños que tengan a su favor la copropiedad.
>
> ART. 961.—El propietario que quiera librarse de las obligaciones que impone el artículo anterior, puede hacerlo renunciando a la copropiedad, salvo el caso en que la pared común sostenga un edificio suyo.

Los artículos citados regulan un supuesto similar al previsto en el ejemplo anterior, por lo que remitimos a lo comentado.

[22] Si bien los demás copropietarios gozan del derecho del tanto, carecen de la facultad de aprobar o desaprobar la enajenación en caso de que no quieran o no puedan adquirir el porcentaje de indiviso que vaya a transmitirse.

Debe mencionarse que la parte final del artículo 961 impide al copropietario liberarse de sus obligaciones a través de la renuncia a su porcentaje de indiviso si la pared común sostiene un edificio suyo. En este supuesto puede dudarse que realmente exista una obligación *propter rem*, ya que no es claro que la responsabilidad del deudor se limite al valor del bien.

- Obligación de ejecutar una conducta positiva derivada de la constitución de una servidumbre voluntaria

Por regla general las servidumbres solo obligan al propietario del predio sirviente a observar conductas negativas:

> ART. 1058.—La servidumbre consiste en no hacer o en tolerar. Para que al dueño del predio sirviente pueda exigirse la ejecución de un hecho, es necesario que esté expresamente determinado por la ley, o en el acto en que se constituyó la servidumbre.

Conforme a la norma citada, para que el propietario del predio sirviente esté obligado a una conducta distinta de no hacer, es necesario que la Ley lo prevea o que se hubiere acordado al constituirse la servidumbre.

Tratándose de servidumbres voluntarias, el propietario del predio sirviente podrá liberarse de las obligaciones que hubiere asumido "abandonando" su inmueble en favor del propietario del predio dominante:

> ART. 1121.—Si el dueño del predio sirviente se hubiere obligado en el título constitutivo de la servidumbre a hacer alguna cosa o a costear alguna obra, se librará de esta obligación abandonando su predio al dueño del dominante.

Consideramos que el numeral trascrito permite concluir que las deudas de dar o de hacer, derivadas de la constitución de una servidumbre voluntaria, poseen las características de las obligaciones *propter rem*.

2. *Obligaciones propter rem dudosas*

En este apartado mencionaremos tres obligaciones cuyo carácter *propter rem* es dudoso.

- Obligación del propietario de indemnizar por los daños y/o perjuicios ocasionados por bienes de su propiedad

Los propietarios de animales y edificios deben indemnizar por los daños y/o perjuicios que éstos generen:

> ART. 1929.—El dueño de un animal pagará el daño causado por éste...

> ART. 1931.—El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción.

Es cuestionable que las obligaciones previstas en los numerales citados sean *propter rem*, ya que si bien son atribuidas al propietario, no es claro que se transmitan con la enajenación de los bienes respectivos ni que la responsabilidad pueda extinguirse por la renuncia al derecho de propiedad.

No obstante las objeciones planteadas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación há admitido el carácter *propter rem* de las obligaciones mencionadas.[23]

- Obligación de pagar cuotas en el régimen de propiedad en condominio

La Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal dispone que los condóminos deben pagar las cuotas que determine la Asamblea General. Algunos juristas consideran que esta obligación tiene carácter *propter rem*, ya que el sujeto pasivo debe cumplirla en razón y medida de que sea condómino. Sin embargo, el siguiente artículo del ordenamiento mencionado pone en duda el referido carácter *propter rem*:

> ART. 60.—Cuando se celebre un contrato traslativo de dominio en relación con una unidad de propiedad privativa, el vendedor deberá entregar al comprador una constancia de no adeudo, entre otros, del pago de cuotas ordinarias de mantenimiento y administración y el de reserva, así como de cuotas extraordinarias en su caso, expedida por el Administrador del condominio.
>
> El adquirente de cualquier unidad de propiedad privativa se constituye en obligado solidario del pago de los adeudos existentes en relación con la misma, excepto en el caso de que el Administrador del condominio hubiere expedido y entregado la constancia de no adeudos señalada anteriormente.

En nuestra opinión la obligación de los condóminos de pagar las cuotas que determine la Asamblea General no es *propter rem*, ya que el propietario no se libera de los adeudos vencidos al enajenar el bien, ni puede extinguir su responsabilidad renunciando a su unidad privativa.

- Obligación del propietario de cumplir una deuda ajena garantizada con un bien suyo

En opinión de Bejarano Sánchez las personas que gravan un bien de su propiedad para garantizar una deuda ajena asumen la obligación real de cumplirla.[24]

---

[23] Tesis de rubro: "OBLIGACIONES *PROPTER REM* O RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE LAS COSAS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES)", Quinta Época, Registro: 338810, Instancia: Tercera Sala, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, CXXXII, Materia(s): Civil, Tesis: Página: 356.

[24] BEJARANO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 21.

Disentimos de la opinión del autor citado, ya que consideramos que la persona que grava un bien de su propiedad para responder por una deuda ajena no tiene obligación de cumplirla. El que convenga al propietario pagar la deuda ajena para redimir el gravamen no significa que esté obligado a ello ni mucho menos que el acreedor pueda exigirle su cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge, "Las reglas de interpretación de los contratos en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia", en *Revista de Derecho Privado*, IIJ, UNAM, Año 5, núms. 13, 14 y 15, enero-diciembre, 1994.

ARCE Y CERVANTES, José, *De los Bienes*, 6ª ed., Editorial Porrúa, México, 2005.

ARISTÓTELES, "Categorías", en *Tratados de Lógica (El Órganon)*, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 1982.

——, *Física*, Editorial Gredos, España, 1995.

——, *Metafísica*, 1ª ed. trad. de Patricio de Azcárate, Espasa, Buenos Aires, 1942.

ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 2ª ed., McGraw-Hill, México, 2002.

AZÚA REYES, Sergio T., *Los Derechos Reales*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004.

BAZ, Eduardo, "Indemnización por daños y perjuicios", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 41-42, Sección de Doctrina, 1961.

BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, 18ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 6ª ed., Oxford, México, 2011.

BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, 2ª ed., Editorial Debate, Madrid, 1990.

BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Harla, México, 1997.

BORJA MARTÍNEZ, Manuel, "Análisis del efecto de la condición suspensiva sobre la obligación y sobre el negocio jurídico que le da origen", en *Estudios jurídicos que en homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana*, Editorial Porrúa, México, 1969.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 19ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2006.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 11ª ed., Reus, Madrid, 1971.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., "Deberes Jurídicos Familiares", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 13, Sección de Previa, 1981.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal –Comentado, Tomo IV, Libro Cuarto, Primera Parte, 2ª ed., IIJ, UNAM, México, 1993.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Nulidad de la pena convencional cuando se demanda la rescisión del contrato de compra venta (interpretación del artículo 2311 del Código Civil para el Distrito Federal)", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 245, Sección de Análisis de Jurisprudencia Constitucional, 2006.

CRUZ MARTÍNEZ, Mario, "Algunas reflexiones sobre la condición", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 100, Sección de Artículos, 2001.

——, "Consideraciones sobre el término", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 235, Sección de Artículos, 2001.

CRUZ PONCE, Lisandro, "Análisis histórico de la caducidad en el derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 59, Sección de Artículos, 1987.

Cuerpo de Derecho Civil Romano, traducido por Don Ildefonso L. García del Corral, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos, "Apunte comparativo de los 'punitive damages', el 'pain and suffer', la estructura de los 'jurados' y otros conceptos del derecho procesal estadounidense, con sus equivalentes en el procesal mexicano", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 19, Sección de Previa, 1988.

DE AQUINO, Tomás, *El Ente y la Esencia*, 1ª ed., trad. de Pedro Gómez Danés, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

——, *Suma contra los gentiles*, 5ª ed. trad. de Carlos Ignacio González, S. J., Editorial Porrúa, México, 2004.

——, *Suma de Teología*, 4ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE HIPONA, Agustín, *Enarraciones sobre los Salmos*, Obras de San Agustín, XIX, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1964.

DE LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis, *De las obligaciones*, 5ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1979.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Convenio y Contrato. Replanteamiento sobre sus respectivos conceptos en el Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial Porrúa, México, 2006.

——, *Derecho Civil. Contratos*, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2002.

——, *Derecho Civil: Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 9ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003.

D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997.

DUGUIT, León, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Cultura, México, 1922.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1994.

FAIRÉN GUILLEN, Víctor, "Sobre una sistemática de la ejecución forzosa", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, Sección de Artículos, 1967.

FERRARA, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

FLORIS MARGADANT, Guillermo S., *El Derecho Romano Privado como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, 26ª ed., Esfinge, México, 2011.

——, "La Responsabilidad Objetiva en el Derecho Romano", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 6, Sección de Previa, 1974.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría de las Obligaciones*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

GARCÍA DE LEÓN, Fernando Martínez, *Los actos ilícitos ultra vires y la protección de la apariencia jurídica*, 1ª ed., Grupo Editorial Miguel Ángel Editorial Porrúa, México, 2004.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano*, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA LUQUE, José Antonio, "Protección interdictal de la posesión en el Distrito Federal", en *Derecho Civil y Romano —Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Jorge Adame Goddard, coord., UNAM, México, 2006.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 55ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003.

GARZA BANDALA, Patricio, *Las afectaciones patrimoniales en Derecho Civil, reflexiones en torno a la indivisibilidad del patrimonio*, Tesis Profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 2002

GAUDEMET, Eugène, *Teoría General de las Obligaciones*, 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, "El Abuso del Derecho en Derecho Internacional", en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 12, Sección de Previa, 1980.

GONZÁLEZ LUNA, Santiago M., "Breves reflexiones en torno a la simulación y al fraude a la ley en el Código Fiscal de la Federación", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 28, Sección de Legislación, 1999.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, 1ª ed., UNAM, México, 1999.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 18ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010.

HEADRICK, William, "La rescisión de la compraventa", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 49, Sección de Doctrina, 1963.

HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel, "La obligación y el derecho de crédito son figuras jurídicas diferentes", en *Obra Jurídica Enciclopédica elaborada con motivo del primer cente-*

nario de la Escuela Libre de Derecho, vol. Derecho de Obligaciones, coords. grales. Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alexandro Munive Páez, coord. del volumen Fernando Martínez García de León, Editorial Porrúa, México, 2012.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 1998.

IHERING, Rudolph von, *Tres estudios jurídicos: El interés en los contratos*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947.

KELSEN, Hans, *El Contrato y el Tratado*, México, Colofón, 1994.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Breves reflexiones sobre la interpretación de los contratos y la interpretación de la ley", en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año IV, núms. 7-8; enero-diciembre, 2007.

Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio: cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1807.

LEDESMA, José de Jesús, "La dación en Pago. Del Derecho Romano al Derecho Actual", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 9, Sección de Previa.

LICONA VITE, Cecilia, "La nulidad en el Código Civil de 1884. Aplicación vigente de este ordenamiento", en *Un Siglo de Derecho Civil Mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, UNAM, México, 1985.

LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología Jurídica*, IURE Editores, México, 2002.

LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil: Contratos*, 6ª ed., Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2001.

LUTZESCO, Georges, *Teoría y Práctica de las Nulidades*, 7ª ed., Editorial Porrúa, México, 1993.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 11ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, Librería de J. Valdés y Cueva, México, 1885.

MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, 5ª ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.

MORINEAU, Marta, "El pago en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Civil Mexicano", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, Sección de Doctrina, 1990.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Estudios sobre Responsabilidad por Daños (Fallos Anotados y Doctrina)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1982.

——, "Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de Constitución nacional y de los tratados internacionales)", en *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 2, Sección de Contenido, 2004.

NEGRI PISANO, Luis Esteban, *La representación voluntaria: el poder y el mandato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.

ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil: Parte General*, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1986.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed., Oxford University Press, México, 2003.

PALUDI, Osvaldo C., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad por el Hecho Propio.*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1976.

PÉREZ FUENTES, Gisela María, "Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el derecho mexicano", en *Revista de Derecho Privado*, Nueva Serie, núm. 12, Sección de Doctrina, 2005.

PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 10 ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1993.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, 3ª ed., Harla, México, 1997.

POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.

RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *De los contratos civiles*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mischel, *Introducción al Estudio del Derecho Civil y Personas*, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009.

——, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 2011.

ROBLES FARÍAS, Diego, "La validez de los contratos celebrados por medios electrónicos", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 18, Sección de Doctrina, IIJ, UNAM-McGraw-Hill, México, 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano: Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2010.

RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, 4ª ed., Reus, Madrid, 1931.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 21ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004.

Santa Biblia —Antiguo y Nuevo Testamentos, Antigua versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera, Sociedades Bíblicas Unidas, Brasil, 1960.

SIREY, J. B. y DEVILLENUEVE, E., Renard, *Recueil General des Lois et des Arrêts, en Matière Civile, Criminelle, Commerciale et de Droit Public*, París, 1832.

SOHM, Rudolph, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Gráfica Panamericana, México, 1951.

THUR, Andreas von, *Tratado de las Obligaciones*, Reus, Madrid, 1934.

TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*, t. 1., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª ed., Editorial Porrúa, México, 2010.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 12ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009.

ÍNDICE

PRÓLOGO VII

PARTE
PRELIMINAR

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

I. Introducción 3
II. Antecedentes históricos 3
A. Derecho Romano 3
B. Código Napoleón 3
C. Código Civil de 1884 4
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 4
III. Concepto de obligación 4
A. Origen etimológico de la palabra obligación 4
B. Concepto jurídico de obligación 4
a) Obligación en sentido amplio 5
b) Obligación en sentido estricto 5
IV. Conclusión respecto al concepto de obligación 6

CAPÍTULO SEGUNDO
LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN

I. Introducción 7
II. Antecedentes históricos 7
A. Derecho Romano 7
B. Código Napoleón 7
C. Código Civil de 1884 8
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 8

III. Denominaciones de los sujetos de la obligación 8
A. Sujeto activo 8
B. Sujeto pasivo 8
IV. Aptitud para ser sujeto de obligaciones 8
A. Personalidad jurídica 9
B. Capacidad de goce 9
C. Legitimación 9
V. Conocimiento de la identidad de los sujetos de la obligación 10
VI. Determinación de los sujetos de la obligación 11
A. Planteamiento del problema 11
B. Criterio de solución al problema 12

Capítulo Tercero
EL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN

I. Introducción 13
II. Antecedentes históricos 13
A. Derecho Romano 13
B. Código Napoleón 13
C. Código Civil de 1884 13
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 14
III. Concepto de objeto de la obligación 14
A. Acepciones de la palabra objeto 14
B. El objeto de la obligación 14
a) Objeto directo de la obligación 15
b) Objeto indirecto de la obligación 15
IV. Objeto directo de la obligación 15
A. Obligaciones de dar 15
a) Traslación de dominio de cosa cierta 16
b) "Entrega" temporal del uso o goce de cosa cierta 20
c) Restitución de cosa ajena 21
d) Pago de cosa debida 22
B. Obligaciones de hacer 22
a) Concepto 22
b) Normas aplicables 23
C. Obligaciones de no hacer 23
a) Concepto 23
b) Normas aplicables 23
V. Objeto indirecto de la obligación 24
A. Objeto-bien 24
a) Concepto 24
b) Requisitos que debe satisfacer el objeto-bien 24

B. Objeto-hecho y objeto-abstención 29
a) Concepto 29
b) Requisitos que debe satisfacer el objeto-hecho 30
c) Requisito adicional que debe satisfacer el objeto-hecho 34
VI. Carácter pecuniario del objeto de la obligación 34

Capítulo Cuarto
LA RELACIÓN JURÍDICA

I. Introducción 37
II. Antecedentes históricos 37
A. Derecho Romano 37
B. Código Napoleón 37
C. Código Civil de 1884 38
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 38
III. Concepto de relación jurídica 38
IV. Débito 39
V. Responsabilidad 39
a) Concepto de responsabilidad 39
b) Tipos de responsabilidad 40
c) Contenido de la responsabilidad civil 40
d) Conclusión sobre el contenido de la responsabilidad civil 40

Capítulo Quinto
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

I. Introducción 41
II. Antecedentes históricos 41
A. Derecho Romano 41
B. Código Napoleón 41
C. Código Civil de 1884 41
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 42
III. Fuentes de las obligaciones desde el punto de vista legal 42
A. Enumeración de las fuentes de las obligaciones 42
B. Fuentes de obligaciones no comprendidas en la clasificación legal 42
IV. Fuentes de las obligaciones desde el punto de vista doctrinal 43
A. Divergencia doctrinal sobre las fuentes de las obligaciones 43
a) Criterios en la doctrina francesa 43
b) Criterios en la doctrina mexicana 43
B. Opinión personal 43
a) Fuente remota de las obligaciones 43
b) Fuente próxima de las obligaciones 44

V. Teorías sobre la clasificación de los hechos jurídicos 44
A. Teoría francesa sobre la clasificación de los hechos jurídicos 45
a) Hecho jurídico *stricto sensu* 45
b) Acto jurídico 46
B. Teoría alemana sobre la clasificación de los hechos jurídicos 47
a) Hecho jurídico *stricto sensu* 47
b) Acto jurídico *lato sensu* 47
VI. Clasificación de los actos jurídicos por sus cualidades accidentales 49
A. Actos jurídicos unilaterales 49
B. Acto jurídico bilateral 50
C. Acto jurídico plurilateral 50

Capítulo Sexto
CONCEPTO DE CONTRATO

I. Introducción 51
II. Antecedentes históricos 51
A. Derecho Romano 51
B. Código Napoleón 51
C. Código Civil de 1884 51
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 51
III. Concepto legal de contrato 52
A. Convenio *lato sensu* 52
a) Utilización de la palabra personas en lugar de partes 52
b) Creación, transmisión, modificación y extinción como únicos efectos jurídicos del convenio 52
c) Omisión de los derechos reales como objeto indirecto del convenio 53
B. Contrato 53
C. Convenio *stricto sensu* 53
D. Consideraciones sobre la utilidad de la distinción legal entre convenio *lato sensu*, contrato y convenio *stricto sensu* 54
IV. Concepto doctrinal de contrato 55
A. Opinión de diversos autores 55
B. Opinión personal 55

Capítulo Séptimo
INTRODUCCIÓN A LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

I. Introducción 57
II. Antecedentes históricos 57

A. Derecho Romano 57
B. Código Napoleón 57
C. Código Civil de 1884 57
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 57
III. Elementos de los contratos desde el punto de vista legal 58
A. Elementos esenciales 58
a) Diferencia entre esencia y existencia 58
b) Distinción entre consentimiento y voluntad 58
c) Omisión de la solemnidad como elemento esencial 59
B. Requisitos de validez 59

PRIMERA PARTE
ELEMENTOS ESENCIALES

Capítulo Octavo
CONSENTIMIENTO

I. Introducción 63
II. Antecedentes históricos 63
A. Derecho Romano 63
B. Código Napoleón 63
C. Código Civil de 1884 63
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 63
III. Concepto de consentimiento 64
A. Acuerdo de voluntades 64
B. Asentimiento 64
IV. Manifestación del consentimiento 65
A. Modos o maneras de manifestar el consentimiento 65
a) Manifestación expresa 65
b) Manifestación tácita 66
B. Silencio 66
V. Formación del consentimiento 67
A. Formación de la voluntad 67
B. Formación del consentimiento 68
a) Formación del consentimiento entre partes con posibilidad de mantener comunicación inmediata 68
b) Formación del consentimiento entre personas sin posibilidad de mantener comunicación inmediata 70
C. Contratación por medios electrónicos 72
a) Regulación en el Código Civil para el Distrito Federal 72
b) Regulación en el Código Civil Federal 74

CAPÍTULO NOVENO

EL OBJETO DEL CONTRATO

I. Introducción ... 75
II. Antecedentes históricos ... 75
III. Concepto y requisitos del objeto del contrato ... 75
A. Objeto directo del contrato ... 76
a) Concepto de objeto directo del contrato ... 76
b) Requisito del objeto directo del contrato ... 76
B. Objeto indirecto del contrato ... 77
a) Concepto de objeto indirecto del contrato ... 77
b) Requisitos del objeto indirecto del contrato ... 77

SEGUNDA PARTE

REQUISITOS DE VALIDEZ

CAPÍTULO DÉCIMO

CAPACIDAD DE EJERCICIO

I. Introducción ... 81
II. Concepto, especies y limitaciones a la capacidad ... 81
A. Concepto de Capacidad ... 81
B. Capacidad de goce ... 81
C. Capacidad de ejercicio ... 82
a) Limitaciones generales a la capacidad de ejercicio ... 82
b) Limitaciones especiales a la capacidad de ejercicio ... 83
III. La capacidad de ejercicio como requisito de validez ... 84

CAPÍTULO UNDÉCIMO

AUSENCIA DE VICIOS
DEL CONSENTIMIENTO

I. Introducción ... 85
II. Antecedentes históricos ... 85
A. Derecho Romano ... 85
B. Código Napoleón ... 85
C. Código Civil de 1884 ... 85
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 85

III. Error ... 86
A. Concepto ... 86
B. Clases de error ... 86
a) Error obstáculo ... 86
b) Error nulidad ... 88
c) Error indiferente ... 92
IV. Dolo ... 93
A. Concepto ... 93
B. Importancia del dolo ... 94
C. Personas que pueden obrar dolosamente ... 95
D. Dolo recíproco ... 95
E. Dolo bueno ... 96
F. Renuncia al derecho a demandar la nulidad por dolo ... 97
V. Mala fe ... 97
A. Concepto ... 97
B. Distinción con el dolo ... 97
C. Personas que pueden obrar de mala fe ... 98
VI. Violencia ... 98
A. Concepto ... 98
B. Clases de violencia ... 99
a) Violencia física y violencia moral ... 99
b) Violencia absoluta y violencia relativa ... 99
C. Miedo ... 100
a) Relación entre el miedo y la violencia ... 100
b) Concepto de miedo ... 100
c) Perturbaciones del ánimo distintas del miedo ... 101
d) Requisitos para que el miedo comprometa la validez del contrato ... 103
D. Personas que pueden obrar violentamente ... 104
E. Renuncia al derecho a demandar la nulidad derivada del miedo infundido por violencia ... 104
VII. Lesión ... 105
A. Concepto legal ... 105
B. Consecuencias jurídicas de la lesión ... 106
C. Contratos en los que es aplicable la lesión ... 107
D. Conclusión respecto a si la lesión es o no un vicio de la voluntad ... 108

CAPÍTULO DUODÉCIMO

LICITUD EN EL OBJETO,
MOTIVO O FIN

I. Introducción ... 109
II. Antecedentes históricos ... 109

A. Derecho Romano ... 109
B. Código Napoleón ... 109
C. Código Civil de 1884 ... 109
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 109
III. Concepto de causa y teorías sobre la causa en los contratos ... 110
A. Concepto de causa ... 110
B. Teorías sobre la causa en los contratos ... 110
a) Teoría causalista clásica u objetivista ... 110
b) Teoría anti-causalista ... 111
c) Teoría causalista subjetivista ... 111
IV. Regulación en el Código Civil ... 111
A. Falta de causa ... 112
B. Causa falsa ... 112
C. Causa ilícita ... 113
a) Distinción entre el objeto, motivo o fin de los contratantes y el objeto del contrato ... 113
b) Repercusión de la causa ilícita en la eficacia del contrato ... 114

Capítulo Décimo Tercero
FORMA

I. Introducción ... 117
II. Antecedentes históricos ... 117
A. Derecho Romano ... 117
B. Derecho Canónico ... 117
C. Código Napoleón ... 117
D. Código Civil de 1884 ... 118
E. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 118
III. Concepto y tipos de forma ... 118
A. Forma primaria ... 118
B. Forma secundaria ... 118
a) Firma ... 119
b) Hipótesis en que una persona no puede o no sabe firmar ... 120
C. Forma terciaria ... 120
IV. Distinción entre forma, formalidad y solemnidad ... 121
V. Clasificación de los contratos por su forma ... 121
A. Contratos consensuales ... 122
B. Contratos formales ... 123
C. Contratos reales ... 123
D. Contratos solemnes ... 123
VI. Acción *pro forma* ... 124

A. Requisitos de procedencia ... 124
B. Consecuencias del ejercicio ... 124
VII. Forma convencional ... 125

Capítulo Décimo Cuarto
REPRESENTACIÓN

I. Introducción ... 127
II. Antecedentes históricos ... 127
A. Derecho Romano ... 127
B. Código Napoleón ... 127
C. Código Civil de 1884 ... 127
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 127
III. Concepto de representación ... 128
IV. Clasificación de la representación ... 129
A. Representación voluntaria ... 129
B. Representación legal ... 130
C. Representación orgánica ... 130
V. Regulación de la representación en la teoría general de las obligaciones ... 130
A. Actos jurídicos en que puede haber representación ... 131
B. Consecuencias de la falta de representación ... 131
VI. Contrato consigo mismo ... 132
A. Concepto ... 132
B. Problemática ... 133
C. Regulación en el Código Civil para el Distrito Federal ... 133
D. Conclusiones ... 133

Capítulo Décimo Quinto
PRINCIPIOS GENERALES DE LOS CONTRATOS

I. Introducción ... 135
II. Concepto de principio ... 135
III. Principio de autonomía de la voluntad ... 135
A. Concepto ... 135
B. Fundamentación en el Código Civil ... 135
C. Concepto y tipos de cláusulas ... 136
a) Concepto de cláusula ... 136
b) Tipos de cláusulas ... 137
IV. Principio de obligatoriedad ... 138
A. Concepto ... 138
B. Fundamentación en el Código Civil ... 138

V. Principio de intangibilidad ... 138
A. Concepto ... 138
B. Fundamentación en el Código Civil ... 139
C. Excepciones al principio de intangibilidad ... 139
VI. Principio de relatividad ... 140
A. Concepto ... 140
B. Fundamentación en el Código Civil ... 140
C. Excepciones al principio de relatividad ... 140
a) Excepciones que conceden derechos en favor de terceros ... 140
b) Excepciones que imponen obligaciones a cargo de terceros ... 141
c) Excepciones que conceden derechos e imponen obligaciones a terceros ... 141
VII. Principio de oponibilidad ... 141
A. Concepto ... 141
B. Requisitos que deben satisfacerse para lograr la oponibilidad del contrato ... 142
C. Excepciones al principio de oponibilidad ... 142
VIII. Principio de imprevisión ... 142
A. Concepto ... 142
B. Regulación en el Código Civil ... 143
a) Contratos sujetos al principio de imprevisión ... 143
b) Supuestos que autorizan la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ... 143
c) Consecuencias de la protección jurídica contra la imprevisión ... 144

Capítulo Décimo Sexto
INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

I. Introducción ... 145
II. Antecedentes históricos ... 145
A. Derecho Romano ... 145
B. Código Napoleón ... 145
C. Código Civil de 1884 ... 145
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 146
III. Concepto ... 146
IV. Criterios de interpretación previstos por el Código Civil ... 146
A. Criterios de interpretación subjetiva ... 146
a) Principio de voluntad interna ... 147
b) Sentido restringido de los vocablos ... 147
B. Criterios de interpretación objetiva ... 148
a) Principio de conservación del contrato ... 148
b) Armonía entre las cláusulas del contrato ... 148

c) Términos equívocos ... 148
d) Consideración del uso y costumbre del país ... 149
e) Dudas irresolubles ... 149

Capítulo Décimo Séptimo
CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

I. Introducción ... 151
II. Antecedentes históricos ... 151
A. Derecho Romano ... 151
B. Código Napoleón ... 151
C. Código Civil de 1884 ... 151
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 152
III. Concepto y reglas de la clasificación ... 152
A. Concepto de clasificación ... 152
B. Reglas de la clasificación ... 152
IV. Clasificación legal de los contratos ... 153
A. Clasificación legal explícita ... 153
a) Contratos unilaterales y bilaterales ... 153
b) Contratos onerosos y gratuitos ... 155
c) Contratos conmutativos y aleatorios ... 156
B. Clasificación legal implícita ... 157
V. Clasificación doctrinal de los contratos ... 158
A. Contratos nominados e innominados ... 158
a) Concepto ... 158
b) Importancia de la clasificación ... 158
B. Contratos consensuales, formales, reales y solemnes ... 159
a) Concepto ... 159
b) Importancia de la clasificación ... 160
C. Contratos que generan obligaciones de ejecución instantánea, sucesiva y escalonada ... 160
a) Concepto ... 160
b) Importancia de la clasificación ... 160
D. Contratos principales y accesorios ... 161
a) Concepto ... 161
b) Importancia de la clasificación ... 161
E. Contratos de adhesión y de igual a igual ... 161
a) Concepto ... 161
b) Importancia de la clasificación ... 162
F. Contratos *intuitu personae* y no *intuitu personae* ... 162
a) Concepto ... 162
b) Importancia de la clasificación ... 162

Capítulo Décimo Octavo
DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

I. Introducción ... 165
II. Antecedentes históricos ... 165
A. Derecho Romano ... 165
B. Código Napoleón ... 165
C. Código Civil de 1884 ... 165
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 165
E. Código Civil de 1928 ... 166
III. Concepto y naturaleza jurídica de la declaración unilateral de voluntad ... 166
A. Concepto de declaración unilateral de voluntad ... 166
B. Naturaleza jurídica de la declaración unilateral de voluntad ... 166
a) Naturaleza jurídica y régimen normativo general de la declaración unilateral de voluntad ... 166
b) Consecuencias jurídicas de la declaración unilateral de voluntad ... 167
c) La declaración unilateral de voluntad como fuente general o especial de consecuencias jurídicas ... 168
IV. Declaraciones unilaterales de voluntad típicas ... 170
A. Oferta al público ... 170
a) Policitación ... 170
b) Promesa de recompensa ... 171
c) Concurso con promesa de recompensa ... 173
B. Estipulación a favor de tercero ... 173
a) Partes que intervienen ... 174
b) Consecuencias jurídicas ... 174
c) Naturaleza jurídica ... 176
C. Documentos civiles a la orden y al portador ... 177
a) Concepto y tipos de documentos civiles ... 177
b) Disposiciones legales sobre los documentos civiles a la orden ... 177
c) Disposiciones legales sobre los documentos civiles al portador ... 178
d) Debate acerca de la vigencia de las disposiciones legales sobre documentos civiles a la orden y al portador ... 180

Capítulo Décimo Noveno
ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO

I. Introducción ... 181
II. Antecedentes históricos ... 181
A. Derecho Romano ... 181
B. Código Napoleón ... 181
C. Código Civil de 1884 ... 181
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 182

III. Concepto y elementos del enriquecimiento ilegítimo ... 182
A. Concepto de enriquecimiento ilegítimo ... 182
B. Elementos del enriquecimiento ilegítimo ... 182
a) Obtención de una ventaja patrimonial ... 182
b) Detrimento patrimonial de otro ... 183
c) Relación inmediata entre el enriquecimiento y el empobrecimiento ... 183
d) Ausencia de causa jurídica ... 183
IV. Regulación en el Código Civil ... 184
A. Regla general ... 184
B. Especies de enriquecimiento ilegítimo ... 185
a) Pago de lo indebido ... 185
b) Enriquecimiento ilegítimo por hechos contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres ... 192

Capítulo Vigésimo
GESTIÓN DE NEGOCIOS

I. Introducción ... 193
II. Antecedentes históricos ... 193
A. Derecho Romano ... 193
B. Código Napoleón ... 193
C. Código Civil de 1884 ... 193
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 193
III. Concepto legal ... 194
IV. Consecuencias jurídicas de la gestión de negocios ... 195
A. Obligaciones del gestor ... 195
a) Obrar con diligencia ... 196
b) Comunicar su gestión al dueño del negocio ... 196
c) Continuar su gestión hasta la conclusión del asunto ... 196
d) Resarcir los daños y/o perjuicios ocasionados al dueño del negocio ... 196
B. Obligaciones del dueño del negocio ... 198
a) Ratificación de la gestión ... 199
b) No ratificación de la gestión ... 200
c) Gestión contraria a la voluntad del dueño del negocio ... 200
C. Efectos de la gestión de negocios con relación a terceros ... 202

Capítulo Vigésimo Primero
HECHOS ILÍCITOS

I. Introducción ... 205
II. Antecedentes históricos ... 205

A. Derecho Romano 205
B. Código Napoleón 205
C. Código Civil de 1884 205
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 206
III. Concepto legal de hecho ilícito y elementos de la responsabilidad subjetiva 206
A. Concepto legal de hecho ilícito 206
B. Elementos de la responsabilidad subjetiva 207
IV. Responsabilidad por hechos ajenos 207
A. Responsabilidad por hechos de personas 208
a) Responsabilidad por hechos de incapaces 208
b) Responsabilidad por hechos colectivos 209
c) Responsabilidad de las personas morales por hechos de sus representantes 210
d) Responsabilidad por hechos de dependientes laborales o profesionales 210
e) Responsabilidad del Estado por hechos de sus empleados y servidores públicos 212
B. Responsabilidad por hechos de bienes 212
a) Responsabilidad por hechos de animales 212
b) Responsabilidad por la ruina de inmuebles edificados 213
c) Responsabilidad por la explosión o desplazamiento de bienes 213
d) Responsabilidad por objetos caídos o arrojados de inmuebles 214
C. Conclusión sobre la responsabilidad por hechos ajenos 214
V. Consecuencias de la comisión de un hecho ilícito 214

Capítulo Vigésimo Segundo
ABUSO DE DERECHOS

I. Introducción 217
II. Antecedentes históricos 217
A. Derecho Romano 217
B. Código Napoleón 217
C. Código Civil de 1884 217
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 217
III. Teorías sobre la esencia del abuso de derechos 218
A. Teoría objetiva 218
B. Teoría subjetiva 218
IV. Regulación en el Código Civil 218
A. Concepto legal y elementos del abuso de derechos 218
a) Ejercicio de un derecho 219

b) Intención de causar un daño y/o un perjuicio 219
c) Falta de utilidad para el titular del derecho 219
d) Causación de un daño y/o de un perjuicio 219
B. Regulación adicional del abuso de derechos dentro del Código Civil ... 220

Capítulo Vigésimo Tercero
RESPONSABILIDAD OBJETIVA

I. Introducción 221
II. Antecedentes históricos 221
A. Derecho Romano 221
B. Código Napoleón 221
C. Código Civil de 1884 221
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 222
III. Concepto y elementos de la responsabilidad objetiva 222
A. Concepto de responsabilidad objetiva 222
B. Elementos de la responsabilidad objetiva 223
IV. Regulación en el Código Civil 223
A. Responsabilidad objetiva por el empleo de bienes peligrosos o generadores de peligro 224
a) Responsabilidad de quien utiliza los bienes peligrosos o generadores de peligro 224
b) Responsabilidad del propietario de los bienes peligrosos o generadores de peligro 226
B. Responsabilidad objetiva por hechos de representantes y de dependientes laborales o profesionales 226
C. Responsabilidad objetiva de los propietarios por hechos de sus bienes 227

Capítulo Vigésimo Cuarto
INTRODUCCIÓN A LAS MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

I. Introducción 229
II. Concepto de modalidad de las obligaciones 229
III. Modalidades de las obligaciones desde el punto de vista legal 229
IV. Modalidades de las obligaciones desde el punto de vista doctrinal 230
a) Modalidades de las obligaciones por su eficacia 230
b) Modalidades de las obligaciones por la complejidad de su objeto ... 230
c) Modalidades de las obligaciones por la complejidad de los sujetos .. 231

CAPÍTULO VIGÉSIMO QUINTO
OBLIGACIONES CONDICIONALES

I. Introducción ... 233
II. Antecedentes históricos ... 233
A. Derecho Romano ... 233
B. Código Napoleón ... 233
C. Código Civil de 1884 ... 233
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 233
III. Concepto de obligación condicional y de condición ... 234
IV. Clases de condición ... 235
A. Clases de condición por sus efectos ... 235
a) Condición suspensiva ... 235
b) Condición resolutoria ... 236
B. Clases de condición en razón de si un acontecimiento debe o no verificarse ... 236
a) Condición positiva ... 236
b) Condición negativa ... 237
C. Clases de condición por la intervención de las partes en su cumplimiento ... 238
a) Condición casual ... 238
b) Condición potestativa ... 239
c) Condición mixta ... 239
V. Situación jurídica anterior y posterior al cumplimiento de la condición ... 240
A. Situación *pendente conditione* ... 240
a) Condición suspensiva pendiente de cumplimiento ... 240
b) Condición resolutoria pendiente de cumplimiento ... 240
c) Reglas comunes ... 240
B. Situación *existente conditione* ... 242
a) Cumplimiento de la condición suspensiva ... 242
b) Cumplimiento de la condición resolutoria ... 242
c) Regla común —Retroactividad ... 242

CAPÍTULO VIGÉSIMO SEXTO
OBLIGACIONES SUJETAS A TÉRMINO

I. Introducción ... 243
II. Antecedentes históricos ... 243
A. Derecho Romano ... 243
B. Código Napoleón ... 243
C. Código Civil de 1884 ... 243
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 243

III. Concepto de obligación sujeta a término y de término ... 244
IV. Clases de término ... 245
A. Clases de término por sus efectos ... 245
a) Término suspensivo ... 245
b) Término extintivo ... 245
B. Clases de término por el conocimiento o desconocimiento del día en que ocurrirá ... 245
a) Término cierto ... 245
b) Término incierto ... 245
V. Cómputo del tiempo ... 246
A. Determinación del tiempo por años, meses o días ... 246
B. Día inicial y día final ... 247
C. Días hábiles y días naturales ... 247
a) Concepto de día hábil ... 247
b) Cómputo del plazo en días hábiles o naturales ... 248
VI. Situación jurídica anterior y posterior al cumplimiento del término ... 248
A. Situación jurídica anterior al cumplimiento del término ... 248
a) Situación anterior al cumplimiento del término suspensivo ... 248
b) Situación anterior al cumplimiento del término extintivo ... 250
B. Situación jurídica posterior al cumplimiento del término ... 251
a) Situación posterior al cumplimiento del término suspensivo ... 251
b) Situación posterior al cumplimiento del término extintivo ... 251

CAPÍTULO VIGÉSIMO SÉPTIMO
MODO O CARGA

I. Introducción ... 253
II. Antecedentes históricos ... 253
A. Derecho Romano ... 253
B. Código Napoleón ... 253
C. Código Civil de 1884 ... 253
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 253
III. Concepto de modo o carga ... 254
IV. Regulación del modo o carga en el Código Civil ... 255
A. Regulación en materia de donación ... 255
B. Regulación en materia de testamentos ... 256

CAPÍTULO VIGÉSIMO OCTAVO
OBLIGACIONES COMPLEJAS POR SU OBJETO

I. Introducción ... 257
II. Antecedentes históricos ... 257

A. Derecho Romano 257
B. Código Napoleón 257
C. Código Civil de 1884 257
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 257
III. Obligaciones conjuntivas 258
A. Concepto 258
B. Regulación en el Código Civil 258
IV. Obligaciones alternativas 258
A. Concepto 258
B. Regulación en el Código Civil 258
a) Prohibición de pago parcial 259
b) Derecho de elección 259
c) Incumplimiento de un hecho 261
V. Obligaciones facultativas 261
A. Concepto 261
B. Regulación en el Código Civil 261

Capítulo Vigésimo Noveno
OBLIGACIONES COMPLEJAS POR LOS SUJETOS

I. Introducción 263
II. Antecedentes históricos 263
A. Derecho Romano 263
B. Código Napoleón 263
C. Código Civil de 1884 263
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 264
III. Concepto de mancomunidad 264
IV. Simple mancomunidad 264
A. Concepto 264
B. Regulación 265
V. Solidaridad 265
A. Concepto 265
B. Fuentes 266
C. Aspecto externo 266
a) Disposiciones comunes a la solidaridad activa y a la pasiva 266
b) Disposiciones relativas a la solidaridad activa 267
c) Disposiciones relativas a la solidaridad pasiva 269
D. Aspecto interno 271
a) Solidaridad activa 271
b) Solidaridad pasiva 272

Capítulo Trigésimo
OBLIGACIONES INDIVISIBLES

I. Introducción 275
II. Antecedentes históricos 275
A. Derecho Romano 275
B. Código Napoleón 275
C. Código Civil de 1884 275
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 275
III. Concepto de obligación indivisible 276
IV. Marco normativo de las obligaciones divisibles e indivisibles 277
A. Unicidad de sujetos 277
B. Pluralidad de sujetos 277
V. Aspecto externo 278
A. Disposiciones comunes a la indivisibilidad activa y a la pasiva 278
a) Carácter unitario del pago 278
b) Incapacidad de una de las partes 278
c) Extinción de la indivisibilidad 278
B. Disposiciones aplicables a la indivisibilidad activa 279
a) Remisión de la obligación 279
b) Fallecimiento de uno de los acreedores 280
C. Disposiciones aplicables a la indivisibilidad pasiva 280
a) Fallecimiento de uno de los deudores 280
b) Concurrencia de codeudores en el juicio 280
VI. Aspecto interno 281
VII. Indivisibilidad y solidaridad 281

Capítulo Trigésimo Primero
INTRODUCCIÓN A LA TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I. Introducción 283
II. Desarrolllo histórico 283
A. Derecho Romano 283
B. Código Napoleón 283
C. Código Civil de 1884 283
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 283
III. Transmisión de las obligaciones en el Código Civil 284

Capítulo Trigésimo Segundo
CESIÓN DE DERECHOS

I. Introducción 285
II. Antecedentes históricos 285
A. Derecho Romano 285
B. Código Napoleón 285
C. Código Civil de 1884 285
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 285
III. Concepto de cesión de derechos 286
IV. Régimen normativo de la cesión de derechos 287
V. Elementos esenciales y de validez 288
A. Elementos esenciales 288
a) Consentimiento 288
b) Objeto 288
B. Elementos de validez 290
a) Forma 290
b) Oponibilidad 291
VI. Efectos jurídicos 293
A. Efectos jurídicos entre cedente y cesionario 293
a) Transmisión del crédito en favor del cesionario 293
b) Obligación del cedente de garantir la existencia o legitimidad del crédito 294
c) Obligación del cedente de garantir la solvencia del deudor 295
B. Efectos jurídicos entre cesionario y deudor 296
C. Efectos jurídicos entre cedente y deudor 297
D. Efectos jurídicos con relación a tercero 297
VII. Cesión de derechos hereditarios 298

Capítulo Trigésimo Tercero
SUBROGACIÓN

I. Introducción 299
II. Antecedentes históricos 299
A. Derecho Romano 299
B. Código Napoleón 299
C. Código Civil de 1884 299
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 299
III. Concepto de subrogación 299
IV. Subrogación legal 301
A. Supuestos de subrogación 301
a) Cumplimiento de la obligación con interés jurídico 301
b) Provisión de recursos al deudor 303

B. Efectos de la subrogación 304
a) Efectos de la subrogación entre el acreedor original y el subrogado 304
b) Efectos de la subrogación entre el subrogado y el deudor 305
c) Efectos de la subrogación con relación a terceros 305
C. Semejanzas y diferencias entre la cesión de derechos y la subrogación 305
a) Semejanzas 305
b) Diferencias 306
V. Subrogación convencional 306

Capítulo Trigésimo Cuarto
CESIÓN DE DEUDAS

I. Introducción 309
II. Antecedentes históricos 309
A. Derecho Romano 309
B. Código Napoleón 309
C. Código Civil de 1884 309
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 310
III. Concepto de cesión de deudas 310
IV. Elementos esenciales y de validez 311
A. Elementos esenciales 311
a) Consentimiento 311
b) Objeto 312
B. Elementos de validez 313
V. Efectos jurídicos 313
A. Efectos jurídicos entre deudor primitivo y deudor sustituto 313
a) Transmisión de una deuda al deudor sustituto 313
b) Derecho del deudor sustituto a una contraprestación 314
B. Efectos jurídicos entre deudor sustituto y acreedor 314
C. Efectos jurídicos entre deudor primitivo y acreedor 315
a) Insolvencia del deudor sustituto 315
b) Incumplimiento del deudor sustituto 315
c) Nulidad de la cesión 316
D. Efectos jurídicos con relación a terceros 316
VI. Figuras afines 317

Capítulo Trigésimo Quinto
CESIÓN DE CONTRATO

I. Introducción 319
II. Antecedentes históricos 319

A. Derecho Romano 319
B. Código Napoleón 319
C. Código Civil de 1884 319
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 319
III. Concepto de cesión de contrato 320
IV. Régimen jurídico 321
A. Código Civil para el Distrito Federal 321
B. Derecho comparado 322

Capítulo Trigésimo Sexto
PAGO

I. Introducción 323
II. Antecedentes históricos 323
A. Derecho Romano 323
B. Código Napoleón 323
C. Código Civil de 1884 323
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 323
III. Concepto de pago 324
IV. Personas que intervienen en el pago 325
A. ¿Quién puede pagar? 325
a) Conductas de dar 325
b) Conductas de hacer 328
c) Conductas de no hacer 328
B. ¿A quién puede hacerse el pago? 328
a) Conductas de dar 328
b) Conductas de hacer 331
c) Conductas de no hacer 332
V. Manera en que debe realizarse el pago 332
A. Indivisibilidad del pago 332
a) Importancia de la indivisibilidad del pago 332
b) Excepciones a la indivisibilidad del pago 333
B. Cumplimiento contra recibo 333
C. Pago con cosa ajena 334
VI. Cuándo debe hacerse el pago 335
A. Momento en que debe hacerse el pago 335
a) Obligaciones sujetas a término 335
b) Obligaciones no sujetas a término 336
B. Retención judicial del pago 338
VII. Lugar de pago 338
A. Reglas sobre dónde debe hacerse el pago 338

a) Regla general —pago en el domicilio del deudor 338
b) Excepciones a la regla general 338
B. Importancia del lugar de pago 341
C. Gastos de entrega 341
VIII. Presunciones en materia de pago 341
A. Pago de la última pensión 342
B. Pago del capital 342
C. Entrega del título de la obligación 342
IX. Reglas de imputación del pago 343
A. Imputación del pago por el deudor 343
B. Imputación del pago por la Ley 344
a) Imputación a la deuda vencida 344
b) Imputación a la deuda más onerosa entre las vencidas 344
c) Imputación a la deuda más antigua 345
d) Imputación a prorrata 345
X. Naturaleza jurídica del pago 346
XI. Dación en pago 347
A. Concepto y consecuencias de la dación en pago 347
B. Evicción de los bienes dados en pago 348
C. Naturaleza jurídica de la dación en pago 348

Capítulo Trigésimo Séptimo
OFRECIMIENTO DEL PAGO Y CONSIGNACIÓN

I. Introducción 351
II. Antecedentes históricos 351
A. Derecho Romano 351
B. Código Napoleón 351
C. Código Civil de 1884 351
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 352
III. Concepto de ofrecimiento y consignación 352
A. Ofrecimiento 352
B. Consignación 352
C. Carácter optativo del ofrecimiento y consignación 353
IV. Supuestos en que procede el ofrecimiento y consignación 353
A. Acreedor que rehúsa sin justa causa recibir el pago 354
B. Acreedor que rehúsa entregar el documento justificativo del pago 354
C. Acreedor incierto 354
D. Acreedor incapaz 355
E. Acreedor de un crédito dudoso 355
F. Acreedor ausente 355

V. Manera en que debe hacerse el ofrecimiento y consignación 355
VI. Consecuencias jurídicas del ofrecimiento y consignación 356
A. Extinción de la obligación 356
a) Perspectiva legal 356
b) Perspectiva judicial 357
c) Perspectiva doctrinal 357
B. Gastos a cargo del acreedor 358

Capítulo Trigésimo Octavo
INTRODUCCIÓN A LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

I. Introducción 359
II. Concepto de incumplimiento 359
A. Falta absoluta de ejecución 359
B. Ejecución de manera distinta a lo acordado o a lo dispuesto por la Ley 360
III. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones 360
A. Consecuencias del incumplimiento entre las partes 360
a) Consecuencias *generales* del incumplimiento 360
b) Consecuencias *especiales* del incumplimiento 361
B. Consecuencias del incumplimiento con relación a tercero 362

Capítulo Trigésimo Noveno
EJECUCIÓN FORZADA

I. Introducción 365
II. Antecedentes Históricos 365
A. Derecho Romano 365
B. Código Napoleón 365
C. Código Civil de 1884 365
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 365
III. Concepto de ejecución forzada 366
IV. Ejecución forzada de obligaciones de dar 366
A. Ejecución forzada de la conducta de dar 366
B. Obtención forzada de un bien 367
V. Ejecución forzada de obligaciones de hacer 367
A. Ejecución forzada de la conducta de hacer 367
B. Obtención forzada de un hecho 368
VI. Ejecución forzada de obligaciones de no hacer 370

A. Ejecución forzada de la conducta de nó hacer 370
B. Obtención forzada de una omisión 370

Capítulo Cuadragésimo
RESPONSABILIDAD CIVIL

I. Introducción 371
II. Antecedentes históricos 371
A. Derecho Romano 371
B. Código Napoleón 371
C. Código Civil de 1884 372
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 372
III. Concepto de responsabilidad civil 372
IV. Elementos de la responsabilidad civil 373
A. Incumplimiento de una obligación 373
B. Causación de un daño y/o de un perjuicio 373
a) Daño 373
b) Perjuicio 374
c) Ausencia de daños y/o de perjuicios 375
C. Relación causa-efecto entre el incumplimiento y el daño y/o el perjuicio 375
D. Dolo o culpa del deudor 376
a) El dolo y la culpa como elementos de la responsabilidad civil en el Derecho vigente 376
b) Dolo 376
c) Culpa 378
V. Contenido de la responsabilidad civil 381
A. Conductas que comprende la responsabilidad civil 382
a) Devolución de lo entregado 382
b) Indemnización de daños y/o perjuicios 382
B. Alcances de la indemnización 384
a) Indemnización compensatoria y moratoria 384
b) Cuantificación de los daños y perjuicios 385
VI. Excluyentes de responsabilidad civil 390
A. Caso fortuito o fuerza mayor 390
a) Concepto 391
b) Origen del acontecimiento imprevisible o inevitable 392
c) Relación entre el tiempo y la imprevisibilidad o inevitabilidad 392
d) Distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor 394
e) Excepciones a la exclusión de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor 396
f) Efectos del caso fortuito o fuerza mayor 397

B. Culpa del perjudicado ... 398
a) Ámbito de aplicación ... 398
b) Ausencia de culpa o negligencia ... 400
C. Cláusula de no responsabilidad ... 401
D. No causación de daños y/o perjuicios ... 402
VII. Responsabilidad civil contractual y extracontractual ... 402
A. Distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual ... 402
a) Perspectiva legal ... 402
b) Perspectiva judicial ... 403
c) Perspectiva doctrinal ... 403
B. Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual ... 407
VIII. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ... 408
a) Teoría que considera la responsabilidad civil como extensión de la obligación incumplida ... 408
b) Teoría que considera la responsabilidad civil como una obligación nueva ... 409
c) Opinión personal ... 409

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO PRIMERO

MORA

I. Introducción ... 411
II. Antecedentes históricos ... 411
A. Derecho Romano ... 411
B. Código Napoleón ... 411
C. Código Civil de 1884 ... 412
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 412
III. Mora del deudor ... 412
A. Concepto ... 412
B. Requisitos que deben satisfacerse para que el deudor incurra en mora ... 413
a) Obligaciones sujetas a término suspensivo ... 414
b) Obligaciones no sujetas a término suspensivo ... 415
c) Obligaciones recíprocas ... 417
C. Consecuencias de la mora del deudor ... 417
a) Ejecución forzada ... 417
b) Responsabilidad civil *stricto sensu* ... 417
c) Asunción de riesgos ... 419
d) Otras consecuencias *especiales* ... 419
IV. Mora del acreedor ... 419
A. Concepto ... 419

B. Requisitos que deben satisfacerse para que el acreedor incurra en mora ... 420
a) Procedencia jurídica del pago ... 420
b) Posibilidad del deudor para cumplir ... 421
c) Ofrecimiento del pago ... 421
d) Falta de cooperación ... 421
C. Consecuencias de la mora del acreedor ... 421
a) Exclusión de la mora del deudor ... 421
b) Procedencia de las diligencias de ofrecimiento y consignación ... 422
c) Responsabilidad civil *stricto sensu* ... 422
d) Transferencia de riesgos al acreedor ... 422

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO SEGUNDO

DAÑO MORAL

I. Introducción ... 425
II. Antecedentes históricos ... 425
A. Derecho Romano ... 425
B. Código Napoleón ... 425
C. Código Civil de 1884 ... 426
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 426
III. Concepto de daño moral ... 426
A. Perspectiva legal ... 426
B. Opinión personal ... 430
IV. Fuentes del daño moral ... 431
a) Contravención de una norma legal ... 431
b) Contravención de una norma contractual ... 432
V. Prueba del daño moral ... 433
A. Régimen anterior a la reforma de diciembre de 1993 ... 433
B. Régimen posterior a la reforma de diciembre de 1993 ... 433
VI. Reparación del daño moral ... 434
A. Formas de reparación ... 434
a) Reparación en dinero ... 434
b) Publicación o divulgación de la sentencia condenatoria a costa del responsable ... 436
B. Transmisibilidad del crédito indemnizatorio del daño moral ... 436

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO TERCERO

CLÁUSULA PENAL

I. Introducción ... 439
II. Antecedentes históricos ... 439

A. Derecho Romano ... 439
B. Código Napoleón ... 439
C. Código Civil de 1884 ... 439
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 439
III. Concepto de cláusula penal ... 440
IV. Presupuestos de la cláusula penal ... 441
A. Obligación emanada de una fuente existente y válida ... 441
B. Incumplimiento imputable al deudor ... 442
V. Ejecución de la cláusula penal ... 442
A. Conductas que puede exigir el acreedor ... 443
a) Derecho de opción ... 443
b) Modificación de la pena por cumplimiento parcial ... 444
B. Carga probatoria ... 445
VI. Límites de la cláusula penal ... 445
A. Exclusión de la indemnización por daños y/o perjuicios efectivos ... 445
B. Valor y cuantía de la obligación principal ... 446
a) Obligación principal ... 446
b) Valor o cuantía ... 447
c) Infracción de la prohibición prevista por el artículo 1843 ... 448
VII. Cláusula penal en obligaciones complejas por los sujetos ... 449
A. Obligaciones mancomunadas ... 449
B. Obligaciones indivisibles ... 450
VIII. Naturaleza jurídica de la pena convencional ... 451
IX. Promesa de *porte-fort* ... 452
A. Orígenes de la promesa de *porte-fort* ... 453
B. Regulación en el Código Civil ... 454
a) La promesa de *porte-fort* como fuente de obligaciones ... 454
b) Maneras de configurar la promesa de *porte-fort* ... 455

Capítulo Cuadragésimo Cuarto
PACTO COMISORIO TÁCITO

I. Introducción ... 457
II. Antecedentes históricos ... 457
A. Derecho Romano ... 457
B. Código Napoleón ... 457
C. Código Civil de 1884 ... 457
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 458
III. Concepto de pacto comisorio tácito ... 458
IV. Presupuestos del pacto comisorio tácito ... 460
A. Obligación recíproca ... 460
B. Incumplimiento imputable al deudor ... 461

C. Perjudicado ... 462
a) Procedencia del pacto comisorio ante el cumplimiento de la contraparte ... 462
b) Procedencia del pacto comisorio no obstante la falta de cumplimiento de la contraparte ... 463
V. Ejecución del pacto comisorio tácito ... 463
A. Contenido del derecho de opción ... 464
a) Ejecución forzada e indemnización ... 464
b) Rescisión e indemnización ... 464
B. Ejercicio del derecho de opción ... 466
C. Extinción del derecho de opción ... 467
VI. Pacto comisorio expreso ... 467
A. Regulación convencional del pacto comisorio ... 467
B. Reproducción del texto del artículo 1949 ... 468
C. Rescisión *ipso iure* ... 469
a) Noción y maneras de configurarse ... 469
b) Utilidad ... 469
c) Fundamento y constitucionalidad ... 470
d) Limitantes de la rescisión *ipso iure* ... 471
VII. Naturaleza jurídica de la rescisión ... 471
A. Perspectiva legal ... 471
B. Perspectiva doctrinal ... 472

Capítulo Cuadragésimo Quinto
EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

I. Introducción ... 475
II. Antecedentes históricos ... 475
A. Derecho Romano ... 475
B. Código Napoleón ... 475
C. Código Civil de 1884 ... 475
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 476
III. Concepto de excepción de contrato no cumplido ... 476
IV. Fundamento de la excepción de contrato no cumplido ... 477
V. Oposición de la excepción de contrato no cumplido ... 478
A. Presupuestos ... 478
a) Obligaciones recíprocas ... 479
b) Exigibilidad simultánea ... 479
c) Falta de pago u ofrecimiento de pago de la contraparte ... 480
B. Ámbito de oposición ... 481

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO SEXTO
DERECHO DE RETENCIÓN

I. Introducción ... 483
II. Antecedentes históricos ... 483
A. Derecho Romano ... 483
B. Código Napoleón ... 483
C. Código Civil de 1884 ... 483
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 483
III. Concepto de derecho de retención ... 483
IV. Contenido del derecho de retención ... 485
A. Derecho de retención simple ... 485
B. Derecho de retención *en prenda* ... 486
V. Diferencia con la excepción de contrato no cumplido ... 486
A. Criterio que niega una distinción *esencial* entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido ... 487
B. Criterios que admiten una distinción *esencial* entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido ... 487
a) Distinción *esencial* con posibilidad de convergencia ... 487
b) Distinción *esencial* sin posibilidad de convergencia ... 487

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO
SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN

I. Introducción ... 489
II. Antecedentes históricos ... 489
A. Derecho Romano ... 489
B. Código Napoleón ... 489
C. Código Civil de 1884 ... 489
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 490
III. Concepto de saneamiento para el caso de evicción ... 490
A. Concepto de evicción ... 490
a) Perspectiva legal ... 490
b) Perspectiva doctrinal ... 494
B. Concepto de saneamiento ... 494
IV. Situación previa a la evicción ... 495
A. Fundamento y llamamiento a juicio ... 495
B. Consecuencias de la falta de participación ... 496
C. Cese de la responsabilidad ... 496
a) Reconocimiento de la falta de medios de defensa ... 496

b) Reconocimiento del derecho del demandante ... 497
V. Contenido del saneamiento para el caso de evicción ... 497
A. Evicción total ... 498
a) Buena fe de ambas partes ... 498
b) Mala fe del "enajenante" y buena fe del "adquirente" ... 500
c) Mala fe del "adquirente" y buena fe del "enajenante" ... 501
d) Mala fe de ambas partes ... 501
e) Disposiciones comunes a la buena o mala fe del "enajenante" ... 501
B. Evicción parcial ... 502
a) Privación de una parte de lo adquirido ... 502
b) Privación de uno de los bienes adquiridos ... 503
c) Restricción del alcance de la propiedad adquirida ... 503
VI. Regulación convencional del saneamiento para el caso de evicción ... 505
A. Aumento convencional del saneamiento ... 505
B. Reducción convencional del saneamiento ... 505
C. Renuncia anticipada al saneamiento ... 506
a) Renuncia simple ... 506
b) Renuncia absoluta ... 507
VII. Supuestos en que no hay saneamiento para el caso de evicción ... 508
A. Evicción por causa posterior a la "enajenación" ... 508
B. Transacción o compromiso en árbitros sin consentimiento del "enajenante" ... 509
C. Evicción por culpa del adquirente ... 509
VIII. Saneamiento para el caso de evicción en remates judiciales ... 510

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO OCTAVO
SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

I. Introducción ... 513
II. Antecedentes históricos ... 513
A. Derecho Romano ... 513
B. Código Napoleón ... 513
C. Código Civil de 1884 ... 513
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 513
III. Concepto de saneamiento por vicios ocultos ... 514
A. Concepto de vicios ocultos ... 514
B. Concepto de saneamiento por vicios ocultos ... 515
IV. Determinación de la presencia de vicios ocultos ... 516
V. Contenido del saneamiento por vicios ocultos ... 516
A. Acción *redhibitoria* ... 516
a) Concepto y consecuencias de su ejercicio ... 516
b) Ampliación de la indemnización ... 517

c) Enajenación de dos o más bienes ... 518
d) Naturaleza jurídica ... 519
B. Acción estimatoria o *quanti minoris* ... 520
a) Concepto y consecuencias ... 520
b) Naturaleza jurídica ... 520
C. Disposiciones comunes ... 520
a) Extinción del derecho de opción ... 520
b) Pérdida del bien ... 520
c) Plazo para el ejercicio ... 521
VI. Regulación convencional del saneamiento por vicios ocultos ... 522
A. Aumento convencional del saneamiento ... 523
B. Reducción convencional del saneamiento ... 523
C. Renuncia anticipada al saneamiento ... 523
VII. Supuestos en que no hay lugar al saneamiento por vicios ocultos ... 523
A. Contratos gratuitos ... 524
B. Contratos aleatorios ... 524
C. Vicios manifiestos ... 524
D. Adquirente perito ... 524
E. Mala fe del adquirente ... 525
F. Vicios posteriores a la enajenación ... 525
G. Remate judicial ... 525

Capítulo Cuadragésimo Noveno
TEORÍA DE LOS RIESGOS

I. Introducción ... 527
II. Antecedentes históricos ... 527
A. Derecho Romano ... 527
B. Código Napoleón ... 527
C. Código Civil de 1884 ... 527
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 528
III. Concepto de teoría de los riesgos ... 528
IV. Teoría de los riesgos en las obligaciones de dar ... 529
A. Pérdida de un bien ... 529
a) Concepto de pérdida ... 529
b) Presunción de culpa ... 530
B. Teoría de los riesgos en los contratos traslativos del derecho de propiedad ... 531
a) Contratos traslativos del derecho de propiedad "simples" ... 531
b) Contratos traslativos del derecho de propiedad con reserva de posesión uso o goce ... 534

C. Teoría de los riesgos en los contratos traslativos de derechos distintos de la propiedad ... 536
D. Teoría de los riesgos en las obligaciones de dar sujetas a condición ... 537
a) Obligaciones de dar sujetas a condición suspensiva ... 537
b) Obligaciones de dar sujetas a condición resolutoria ... 540
E. Teoría de los riesgos en las obligaciones alternativas ... 540

Capítulo Quincuagésimo
ACTOS CELEBRADOS EN FRAUDE DE ACREEDORES

I. Introducción ... 543
II. Antecedentes históricos ... 543
A. Derecho Romano ... 543
B. Código Napoleón ... 543
C. Código Civil de 1884 ... 543
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 544
III. Concepto de acto celebrado en fraude de acreedores ... 544
IV. Requisitos de procedencia de la acción pauliana ... 545
A. Celebración u otorgamiento por parte del deudor de un acto jurídico real ... 545
B. Que el acto cause o incremente la insolvencia del deudor ... 546
a) Concepto de insolvencia ... 546
b) Prueba de la insolvencia ... 546
C. Existencia de un crédito anterior al acto ... 547
a) Créditos sujetos a término o a condición ... 547
b) Acreedores inminentes ... 548
D. Mala fe ... 549
a) Concepto de mala fe ... 549
b) Actos respecto de los que se exige la mala fe ... 549
c) Presunciones de mala fe ... 550
V. Actos contra los que puede ejercerse la acción pauliana ... 552
A. Enajenación de bienes y renuncia de derechos ... 552
B. Renuncia de facultades por cuyo ejercicio pudiere mejorar la fortuna del deudor ... 553
C. Pago por el deudor insolvente antes del vencimiento del plazo ... 554
D. Otorgamiento de preferencia indebida a un crédito ... 554
E. Corolario ... 555
VI. Consecuencias del ejercicio de la acción pauliana ... 555
A. Alcances de la declaración de ineficacia ... 555
B. Restitución material de las prestaciones ... 556
C. Extinción de la preferencia ... 556

VII. Cesación de la acción pauliana 557
A. Cesación por obra del deudor 557
B. Cesación por obra del tercero 557
VIII. Naturaleza jurídica de la acción pauliana 557
A. Perspectiva legal 558
B. Perspectiva judicial 558
C. Perspectiva doctrinal 558
a) Acción de nulidad 558
b) Naturaleza dual 558
c) Acción de inoponibilidad 559
d) Opinión personal 559

Capítulo Quincuagésimo Primero
SIMULACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS

I. Introducción 561
II. Antecedentes históricos 561
A. Derecho Romano 561
B. Código Napoleón 561
C. Código Civil de 1884 561
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 561
III. Concepto de simulación de actos jurídicos 562
IV. Elementos de la simulación de actos jurídicos 563
A. Declaración deliberadamente disconforme con la intención 563
B. Concertada por acuerdo entre las partes 563
C. Propósito de engañar a terceros 564
V. Clases de simulación de actos jurídicos 564
A. Simulación absoluta 564
a) Concepto 564
b) Tipos de simulación absoluta 564
B. Simulación relativa 564
a) Concepto 564
b) Tipos de simulación relativa 565
VI. Consecuencias de la simulación de actos jurídicos 566
A. Consecuencias entre los autores de la simulación 566
a) Consecuencias según la clase de simulación 566
b) Legitimación para ejercer la acción de simulación 568
B. Consecuencias respecto de terceros 568
a) Consecuencias según la clase de simulación 568
b) Legitimación para ejercer la acción de simulación 569
VII. Distinción con los actos celebrados en fraude de acreedores 570

Capítulo Quincuagésimo Segundo
ACCIÓN OBLICUA

I. Introducción 573
II. Antecedentes históricos 573
A. Derecho Romano 573
B. Código Napoleón 573
C. Código Civil de 1884 573
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 573
III. Concepto de acción oblicua 574
IV. Fundamento de la acción oblicua 574

Capítulo Quincuagésimo Tercero
INTRODUCCIÓN A LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I. Introducción 577
II. Causas que satisfacen el interés original del acreedor 577
III. Causas que satisfacen un interés distinto del original 577
IV. Causas de extinción que no satisfacen interés alguno 578

Capítulo Quincuagésimo Cuarto
NOVACIÓN

I. Introducción 579
II. Antecedentes históricos 579
A. Derecho Romano 579
B. Código Napoleón 579
C. Código Civil de 1884 579
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 579
III. Concepto de novación 580
IV. Elementos esenciales y requisitos de validez 582
A. Elementos esenciales 582
a) Consentimiento 582
b) Objeto 583
B. Requisitos de validez 589
a) Capacidad de ejercicio 589
b) Ausencia de vicios del consentimiento 589
c) Licitud en el objeto, motivo o fin 589
d) Forma 589
V. Efectos de la novación 589

A. Subsistencia de garantías 590
a) Subsistencia de garantías constituidas por el deudor 590
b) Subsistencia de garantías constituidas por terceros 591
B. Novación de obligaciones solidarias 591
C. Nulidad de la novación 593

Capítulo Quincuagésimo Quinto
COMPENSACIÓN

I. Introducción 595
II. Antecedentes históricos 595
A. Derecho Romano 595
B. Código Napoleón 595
C. Código Civil de 1884 596
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 596
III. Concepto de compensación 596
IV. Requisitos para que haya compensación por ministerio de ley 597
A. Acreedores y deudores recíprocos 597
a) Obligaciones solidarias 598
b) Cesión de derechos 599
c) Fianza 599
B. Bienes fungibles de la misma especie y calidad 601
C. Deudas líquidas 601
a) Concepto legal de deuda líquida 601
b) Concepto de deuda ilíquida 602
D. Deudas exigibles 602
a) Concepto legal de deuda exigible 602
b) Concepto y enumeración de deudas no exigibles 603
E. Mismo lugar de pago 603
V. Clases de compensación 603
A. Compensación legal 603
B. Compensación voluntaria 604
a) Compensación convencional 604
b) Compensación facultativa 604
C. Compensación judicial 605
VI. Deudas que no pueden ser compensadas 605
A. Obligaciones cuya compensación fue renunciada 606
a) Momento de la renuncia 606
b) Forma de la renuncia 607
B. Obligaciones derivadas de fallos condenatorios de despojo 607
C. Obligaciones derivadas de alimentos, salario mínimo y renta vitalicia 608

D. Obligaciones no compensables por disposición de la Ley o por su fuente 608
E. Obligaciones derivadas del depósito 609
F. Obligaciones fiscales 609
G. Obligaciones cuya compensación pueda afectar derechos de terceros 609
VII. Efectos de la compensación 610
A. Extinción *ipso iure* 610
B. Deudas de diferente cuantía 611
C. Extinción de los accesorios 611
D. Imputación del pago 611
E. "Pago" de una deuda extinguida por compensación 612

Capítulo Quincuagésimo Sexto
CONFUSIÓN

I. Introducción 615
II. Antecedentes históricos 615
A. Derecho Romano 615
B. Código Napoleón 615
C. Código Civil de 1884 615
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 615
III. Concepto de confusión 616
IV. Efectos de la confusión 617
A. Alcance de la extinción 617
B. Confusión en las obligaciones solidarias 617
C. Confusión en las adquisiciones por herencia 618
V. Cesación de la confusión 618

Capítulo Quincuagésimo Séptimo
REMISIÓN DE DEUDA

I. Introducción 621
II. Antecedentes históricos 621
A. Derecho Romano 621
B. Código Napoleón 621
C. Código Civil de 1884 621
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 621
III. Concepto de remisión de deuda 622
IV. Elementos esenciales y de validez 623
A. Elementos esenciales 623

a) Voluntad ... 623
b) Objeto ... 625
B. Elementos de validez ... 625
V. Efectos de la remisión de deuda ... 626
A. Extinción de la obligación principal y de los accesorios ... 626
B. Remisión en favor de uno de los cofiadores ... 626

Capítulo Quincuagésimo Octavo
PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

I. Introducción ... 627
II. Antecedentes históricos ... 627
A. Derecho Romano ... 627
B. Código Napoleón ... 627
C. Código Civil de 1884 ... 628
D. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) ... 628
III. Concepto de prescripción ... 628
IV. Requisitos para que opere la prescripción ... 629
A. Obligación prescriptible ... 629
a) Obligaciones imprescriptibles por disposición legal ... 629
b) Obligaciones imprescriptibles por arbitrio judicial ... 630
B. Transcurso del tiempo fijado por la Ley ... 630
a) Plazo general de prescripción ... 630
b) Plazos especiales de prescripción ... 630
c) Manera de computar los plazos de prescripción ... 632
d) Modificación convencional de los plazos de prescripción ... 633
C. No actualización de un supuesto de interrupción o de suspensión de la prescripción ... 634
V. Efectos de la prescripción ... 634
A. Consecuencias sobre la obligación no exigida ... 634
a) Perspectiva legal ... 634
b) Perspectiva doctrinal ... 634
B. Personas que pueden verse favorecidas por la prescripción ... 635
a) Prescripción de obligaciones solidarias ... 635
b) Prescripción de obligaciones garantizadas con fianza ... 636
VI. Interrupción de la prescripción ... 636
A. Causas de interrupción ... 636
a) Demanda o interpelación judicial ... 637
b) Reconocimiento de adeudo ... 638
B. Efecto de la interrupción ... 638
C. Interrupción de la prescripción de obligaciones complejas por los sujetos y de obligaciones garantizadas con fianza ... 639

a) Interrupción de la prescripción de obligaciones complejas por los sujetos ... 639
b) Interrupción de la prescripción de obligaciones garantizadas con fianza ... 640
VII. Suspensión de la prescripción ... 641
A. Causas de suspensión ... 641
a) Incapacidad de ejercicio ... 641
b) Relación de proximidad entre el acreedor y el deudor ... 642
c) Copropiedad o coposesión ... 642
d) Prestación de un servicio púbico fuera del Distrito Federal ... 643
e) Prestación del servicio militar en tiempo de guerra ... 643
B. Efecto de la suspensión ... 644
VIII. Renuncia a la prescripción ... 644
A. Objeto de la renuncia ... 644
a) Renuncia a la prescripción ganada ... 644
b) Renuncia a la prescripción en curso ... 645
c) Renuncia a la prescripción futura ... 645
B. Forma de la renuncia ... 645
C. Capacidad para otorgar la renuncia ... 646
D. Protección de los acreedores del renunciante ... 646
IX. Caducidad ... 647
A. Concepto de caducidad ... 647
B. Distinción entre caducidad y prescripción ... 647
a) Diferencias desde el punto de vista legal ... 648
b) Diferencias desde el punto de vista judicial ... 648
c) Diferencias desde el punto de vista doctrinal ... 648
C. Conclusiones sobre la caducidad ... 649

Capítulo Quincuagésimo Noveno
INTRODUCCIÓN A LAS INEFICACIAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS

I. Introducción ... 651
II. Concepto de ineficacia ... 651
III. Clases de ineficacias ... 652
A. Ineficacias estructurales ... 652
a) Concepto de ineficacia estructural ... 652
b) Enumeración de las ineficacias estructurales ... 653
B. Ineficacias funcionales ... 653
a) Concepto de ineficacia funcional ... 653
b) Enumeración de las ineficacias funcionales ... 653

CAPÍTULO SEXAGÉSIMO
INEFICACIAS FUNCIONALES

I. Introducción 655
II. Tipos de ineficacias funcionales 655
A. Mutuo disenso 655
a) Concepto 655
b) Eficacia del mutuo disenso 656
B. Terminación unilateral 657
a) Concepto de terminación unilateral 657
b) Distinción con el mutuo disenso 657
c) Carácter excepcional de la terminación unilateral 657
d) Terminología 658
e) Notificación de la terminación unilateral 658
C. Novación 659
D. Ejercicio de los derechos que la ley concede contra la imprevisión 659
E. Rescisión 659
F. Cumplimiento de la condición resolutoria 659
G. Cumplimiento del término extintivo 660
H. Imposibilidad superveniente 660
I. Confusión 660
J. Muerte de alguna de las partes 660
a) Carácter excepcional de la muerte como causa de terminación del acto jurídico 660
b) Actos jurídicos que se extinguen por la muerte de alguna de las partes 661
c) Momento en que se produce la terminación del acto jurídico por causa de muerte 661
d) Ausencia y presunción de muerte 661
K. Interdicción superveniente de una de las partes 662
a) Carácter excepcional de la interdicción como causa de terminación del acto jurídico 662
b) Actos jurídicos que se extinguen por interdicción de una de las partes 662
c) Momento en que se produce la terminación del acto jurídico por causa de interdicción 662
III. Efecto de las ineficacias funcionales 663
A. Disolución del acto jurídico 663
B. Liquidación del acto jurídico 663

CAPÍTULO SEXAGÉSIMO PRIMERO
INEFICACIAS ESTRUCTURALES

I. Introducción 665
II. Antecedentes históricos 665
A. Derecho Romano 665
B. Derecho francés anterior a la codificación 665
C. Código Napoleón 666
a) Tesis tripartita 666
b) Tesis bipartita 666
c) Tesis unitarias 667
d) Tesis de Bonnecase 667
D. Código Civil de 1884 668
E. Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 668
F. Exposición de motivos del Código Civil de 1928 668
III. Inexistencia 669
A. Concepto 669
B. Causas de inexistencia 670
a) Falta de voluntad o de consentimiento 670
b) Falta de objeto 671
c) Falta de solemnidad 671
C. Consecuencias de la inexistencia 672
a) Consecuencias de derecho derivadas de *hechos* que confirieron apariencia jurídica al "acto inexistente" 672
b) Producción de consecuencias jurídicas por el "acto inexistente" 673
c) Inexistencia parcial 674
D. Caracteres de la inexistencia 674
a) La inexistencia no desaparece por confirmación 675
b) La inexistencia no desaparece por prescripción 675
c) La inexistencia puede ser invocada por todo interesado 675
d) Intervención del juez 676
E. Incongruencia sistemática derivada de la inclusión de la inexistencia en el Código Civil 676
IV. Nulidad absoluta 677
A. Concepto 677
a) Concepto de nulidad absoluta 677
b) Terminología 678
B. Causas de nulidad absoluta 678
C. Consecuencias de la nulidad absoluta 680
a) Destrucción retroactiva de los efectos del acto nulo 680
b) Nulidad de pleno derecho 681
c) Nulidad parcial 682
d) Consecuencias de la nulidad absoluta con relación a terceros 683

D. Caracteres de la nulidad absoluta 684
a) La nulidad absoluta no desaparece por confirmación 685
b) La nulidad absoluta no desaparece por prescripción 685
c) La nulidad absoluta puede ser invocada por todo interesado 685
d) Intervención del juez 685
E. Equiparación de la inexistencia con la nulidad absoluta 686
a) Planteamiento 686
b) Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 686
V. Nulidad relativa 688
A. Concepto 688
a) Concepto de nulidad relativa 688
b) Distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa 689
B. Causas de nulidad relativa 691
C. Consecuencias de la nulidad relativa 691
a) Destrucción de los efectos del acto jurídico 691
b) Nulidad parcial 693
c) Consecuencias de la nulidad relativa con relación a terceros 693
D. Caracteres de la nulidad relativa 693
a) Posibilidad de desaparecer por confirmación 694
b) Posibilidad de desaparecer por prescripción 698
c) Personas que pueden invocar la nulidad relativa 700
d) Intervención del Juez 701
VI. Conclusiones 701

CAPÍTULO SEXAGÉSIMO SEGUNDO

DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

I. Introducción 705
II. Distinción entre la obligación y el deber jurídico 705
A. Diferentes nociones de deber jurídico 705
a) Deber jurídico en sentido amplio —Nociones filosófico-jurídicas de deber jurídico 705
b) Deber jurídico en sentido estricto —Nociones dogmático-jurídicas de deber jurídico 706
B. Opinión personal 706
III. Distinción entre la obligación y la obligación natural 708
A. Antecedentes históricos de la obligación natural 708
a) Derecho Romano 708
b) Código Napoleón 709
c) Código Civil de 1870 709

d) Código Civil de 1884 709
e) Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 709
B. Concepto de obligación natural 710
C. Obligaciones naturales reconocidas por el Derecho Civil 711
a) Obligaciones naturales que subsisten ante la prescripción de obligaciones civiles 711
b) Deberes morales 713
c) Compraventa de bebidas embriagantes 714
d) Obligaciones naturales derivadas del juego con apuesta 715
D. Efectos de las obligaciones naturales 715
a) Conservación de lo recibido en pago 715
b) Garantía de la obligación natural 715
c) Novación 716
IV. Distinción entre la obligación y la obligación *propter rem* 716
A. Antecedentes históricos de las obligaciones *propter rem* 716
a) Derecho Romano 716
b) Código Napoleón 716
c) Código Civil de 1884 716
d) Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) 716
B. Concepto de obligación *propter rem* 717
C. Características de las obligaciones *propter rem* 717
D. Obligaciones *propter rem* previstas por el Código Civil 718

BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA 723